مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية



السنة السادسة عشرة (١٩٧٤)

العدد الثانى

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور مصطفى كمال طه

السنة السادسة عشرة ١٦

العدد الثانى (١٩٧٤)

مطبعة جامعة الإسكندرية

١٩٧٤

فهرس

مظاهر تأثير تقنين حمورابى بالقوانين السومرية والاكدية

للدكتور عبد المجيد الحفناوى ١

الاعتداء على مال القطاع العام «بحث ميدانى»

للدكتور ماجد راغب الحلو ٥٧

مناط الالزام بالأحكام المدنية

للدكتور مصطفى الجمال ١٣٣

مظاهر تأثر تقنين حمورابى بالقوانين السومرية والأكدية
على ضوء النصوص التشريعية التى تم العثور عليها

للدكتور عبد المجيد الحفناوى

١ ـ خطة البحث ومنهجه :

تنصرف هذه الدراسة إلى ابراز مدى تأثر الملك حمورابى – وهو أشهر ملوك الأسرة البابلية الأولى التى تأسست فى ميزوبوتاميا نحو عام ١٨٨٠ ق .م. (١)– بالشرائع التى كانت سائدة فى هذه المنطقة ، سومرية كانت أم اكدية ، وهو يهم بوضع تقنينه المسمى باسمه ، والذى يعتبر أهم التقنينات الميزوبوتامية(٢) قاطبة لكثرة نصوصه واتساع نطاق تطبيقه .

وتسير هذه الدراسة فى نفس الاتجاه ولتحقيق ذات الهدف الذى نبغيه من وراء بحوثنا فى مجال تاريخ القانون ، ألا وهو السعى إلى ابراز الصلة الوثيقة التى توجدها الثقافة القانونية بين الشعوب المتجاورة ، ومحاولة تقفى أثر الطريق الطويل الذى سلكه الانسان وأدى فى النهاية إلى الثقافة القانونية الحديثة التى تمثل جزءاً من التراث القانونى المشترك للجنس البشرى بمدنياته القديمة والحديثة . وهكذا نصل الماضى بالحاضر ، ويسهل تفهمنا

---

(١) أنظر مؤلفنا : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ١٩٧٢ – ١٩٧٣ ، ص ٢٥٩ وما بعدها .

(٢) نحن نميل إلى إستخدام المصطلحات القديمة الخاصة بكل حضارة ، ولا سيما تلك التى إستخدمتها كثير من اللغات الحديثة مثل الفرنسية والإيطالية والانجليزية . ولذلك لن نستعمل تعبير « بلاد ما بين النهرين » وهو الترجمة الحرفية لكلمة « ميزوبوتاميا » التى ترجع أصلها التاريخى إلى اللغة اليونانية القديمة . فمثل هذه التعبيرات لم تكن معروفة قديما ، فضلا عن أن كثيراً من الأسماء التى أطلقها قدامى الاغريق والتى تعبر عن وضع تاريخى معين انتقلت إلى كل اللغات الحديثة تقريبا . ويكفى أن نضرب مثلا لذلك بلفظ « فلسطين » الذى أطلقه الاغريق على المنطقة الممتدة ما بين سورية والبحر الأبيض المتوسط على الساحل الجنوبى ، وخلعوا إسم « الفلسطين » على القبائل التى استقرت فى هذه البقعة .

راجع مؤلفنا السالف الذكر ، ص ٦٣ وما بعدها .

للنظم القانونية فى العصر الحديث بارجاعها إلى مصادرها التاريخية .

وينبغى علينا أن نراعى الحذر المطلوب فى كل بحث من هذا النوع ، وألا نقع فى نفس الخطأ الذى يتعرض له كثير من الدارسين وهو أن ننقل أفكاراً حديثة إلى العالم القديم رغم أنه كان يجهلها ، وأن نتصيد كل دليل لاثبات علمه بها . ومن ثم فان صمام الأمن لكل بحث تاريخى ينحصر فى تقديرنا فى الاعتماد على النصوص القديمة التى يتم العثور عليها . ولقد كان هذا هو منهجنا فى كل دراسة متخصصة قمنا بها إذا توخينا دائماً الدقة عن طريق تحليل الوثائق عن قرب لاستخلاص ما تتضمنه من أحكام قانونية . فالنصوص القديمة تمثل قيمة علمية وتاريخية لا تقدر . فهى التى تقلب كل إفتراض إلى حقيقة علمية . ومن ثم فان اهتمامنا الأول سوف ينصب على النص المكتوب لأنه هو الذى سوف يحدد مدى معرفتنا بالمسائل محل البحث ، فضلا عن أنه فى اعتقادنا أن أى اتجاه لدراسةالأنظمة القانونية القديمة دون الاعتناء بالنصوص سوف يبعدنا عن مجال الدراسات القانونية وسيدخلنا فى مجال دراسات افتراضية لا تتلاءم البته مع المنهج القانونى السليم .

ولا شك انه من بين الشرائع القديمة ، فان الشريعة الميزوبوتامية تتميز بوجود آلاف الوثائق التى تلقى الضوء على نظمها القانونية . كما أن هذه الوثائق التى تهم بالتالى علماء تاريخ القانون ، فى تزايد مستمر بفضل أعمال التنقيب المتصلة فى ميزوبوتاميا . ويمكن عن طريقها أن نتتبع اشعاع الحضارة القانونية البابلية على المناطق المجاورة ابان عدة قرون . وينبغى على كل من يتصدى لأى بحث قانونى عن العالم القديم ، أن يأخذ فى عين الاعتبار هذا الامتداد للثقافة القانونية البابلية .

ولقد أثرت الاكتشافات الحديثة معلوماتنا ليس فقط من حيث المكان ، بمعنى أن كل منطقة حضارية فى العالم القديم أصبحت مطروقة ولسنا فى حاجة إلى البحث عن الفروض لمعالجة مشاكلها القانونية ، بل ان معلوماتنا امتدت

كذلك من حيث الزمان . فلقد عثر أخيراً على عدد كبير من العقود ترجع إلى الألف الثالث ، ويمكن أن تضاف إلى آلاف الوثائق التي تم اكتشافها من قبل. وهكذا صار من الممكن ان نتتبع ، اعتماداً على أدلة مستندية مؤكدة ، الأصل التاريخي للشرائع التي كانت سائدة في جنوب غرب آسيا .

وإذا ما طبقنا هذا المنهج في دراستنا للموضوع الذي نتصدى له الآن فانه يتعين علينا أن نستعرض ما يوجد من نصوص في القوانين السومرية والبابلية . ولاشك أن تحليل النص لاستخلاص مدلوله ليس بالأمر السهل ، كما اننا قد نصادف نصوصاً كثيرة لها نفس المدلول ولا تتضمن أفكاراً جديدة . ولكننا إذا ناقشنا النص القديم جيداً واهتدينا إلى مضمونه الحقيقي فاننا نكون قد نجحنا في التوصل إلى أفكار مؤكدة ، وليست افتراضية . وليس يخاف على أحد أن الدراسة على هذا النحو تتسم بالبطء ، كما أنها مجهدة ، لأنها تتطلب التحقق من كل نص كخطوة أولى ثم ترجمته ومعرفة مدلوله ، لكنها مضمونة العواقب . إذ تمكننا من الوقوف على أرض صلبة تبعدنا عن متاهات التصور والخيال .

٢ – التشريع باعتباره أحد مصادر القانون في ميزوبوتاميا :

يمكن ملاحظة وجود قواعد لها صفة الإلزام في ميزوبوتاميا منذ ما قبل العصر السرجوني . ويستفاد ذلك من نقش يرجع تاريخه إلى نحو عام ٢٤٠٠ ق . م. ، للملك أوروكاجينا ، وهو أحد ملوك لجش، المدينة السومرية القديمة . ويعتبر نشاط هذا الملك التشريعي أقدم ما عرفناه في ميزوبوتاميا عما يسمى «بالتشريع» . وترد في نقشه عبارات عن انتهاك «القواعد المقررة» (١) وعن الاجراءات التي اتخذها والتي يمكن أن نعتبرها أنها تمت في صورة «تشريع» لأنها صادرة ممن يحوز السلطة التشريعية

---

(١) أنظر : Lambert (M.) : Lés “ reformes d’Urukagina”, R A, 50 (1956), P. 169 sq.

آنذاك . وتتعلق الانتهاكات التى أشار اليها اوروكاجينا بالمجالين الدينى والعلمانى معاً ، لأن التفرقة بين هذين المجالين لم تتقرر بعد على مايبدو ، أو على الأقل لم تكن قد اتضحت تماماً . ويفخر الملك أوروكاجينا فى نقشه انه وضع قواعد لحماية اليتيم والأرملة ، والغى نظام تعدد الأزواج ، وقضى على كهنوتية سلفه ، وحد من امتيازات طبقة رجال الدين .

ونخلص مما تقدم أن فكرة «القاعدة التشريعية» باعتبارها «قاعدة ملزمة» ظهرت فى النقوش السومرية التى ترجع إلى الألف الثالث قبل الميلاد . ولم يكن التشريع يتعلق بالمجال الدينى وحده وان كان يصور على أن مصدره الهى . ولكن حدث تطور فى فكرة التشريع ابتداء من أسرة أور الثالثة حيث كثرت التشريعات السومرية والاكدية والمجموعات القانونية . واتخذ التشريع سماته الأساسية .

٣ ـ السمات الأساسية للتشريع فى ميزوبوتاميا :

يمكن النظر إلى هذه السمات من عدة نواح . فمن ناحية ، يصطبغ «مصدر» التشريع بالصبغة الالهية ، شأنه فى ذلك شأن السلطة التشريعية ذاتها . فالملك ، وهو الحائز على هذه السلطة، «سليل السماء»، والتشريع الذى يصدره يصطبغ بالصبغة الدينية على هذا الأساس (١) . ومع ذلك نشاهد بعض التطور فيما يتعلق بممارسة السلطة التشريعية ابتداء من عصر أسرة أور الثالثة . فمؤسس هذه الأسرة ، وهو الملك اورنمو ، رغم أنه يعلن ان العناية الآلهية هى التى اختارته ملكاً للبلاد ، فانه يذكر فى مقدمة تقنينه أنه هو الذى يسن القوانين . وكذلك فان لبت عشتار ، ملك مدينة اسن ، يعلن فى أكثر من موضع ان الآلهة اختارته للعمل على استقرار النظام والحفاظ على العدالة فى ربوع البلاد ، وان القوانين التى أصدرها ترمى إلى القضاء على الفوضى

---

(١) أنظر : Speiser : Authority and Law in Mesopotamia, JAOS, 17, 8 sq;Labat (R.) : Le caractère religieux de la royauté assyro-babylonienne, P. 40, 221 sq.

والظلم . فلقد جاء فى مقدمة تقنين لبت عشتار« .. وحين دعى «انو»

و« انليل » «لبت عشتار» الراعى العاقل الذى نطق إسمه «نونامنير» إلى ولاية إمارة الأرض ليقر العدل فيها ويمنع الشكليات وليرد العداوة والعصيان بقوة السلاح وليصلح من أمر السوماريين والاكديين عندئذ ، أنا لبت‌عشتار .. أقررت العدالة فى «سومر» و «أكد» طبقاً لكلمة «انليل» (١) .

ونلاحظ فى مقدمة تقنين حمورابى ، وخاتمته بصفة خاصة ، إصرار الملك على اعلان أنه هو الذى يسن القوانين بمقتضى سلطته التشريعية . فبعد أن أشار إلى سلطة الإله مردوك ، يؤكد الملك انه هو الذى أرسى دعائم العدالة ووطد السلام فى ارجاء البلاد . فتنص مقدمة تقنينه :« ... انا حمورابى .. المكرس .. الأمير التقى الذى يخاف الله .. لأقيم العدل‌حتى يسود الأرض ولأقضى على الشر والسوء حتى لا يطغى القوى على الضعيف . «انا .. محبوب اينانا .

«حينما ارسلنى مردوك لاقود الشعب فى طريق الحق . ولادير البلاد ، «وضعت أسس القانون والعدالة فى طول البلاد وعرضها مستهدفاً صالح « الشعب .

«فى ذلك الوقت .

« قررت(٢) : »

ثم تتتابع النصوص .

كما أن العبارة الأولى من خاتمة التقنين تبرز من جديد تأكيدات حمورابى بأنه هو الذى يسن القانون . فلقد جاء فى الخاتمة : «القوانين العادلة

---

(١) أنظر : Pritachard : Ancient Near Eastern Texts relating to the old testament, 969, P. 159.

(٢) راجع : بريتشارد ، المرجع السالف الذكر ، ص ٩٦٣ .

التى وضعها حمورابى ، الملك القدير ، والتى أمن عن طريقها قيادة رشيدة وحكومة سديدة فى البلاد .... » .

وإذا كان حمورابى قد أبرز سلطته التشريعية وتمسكه بها ، غير أنه لم يهمل الاشارة إلى أن القوانين التى قام باصدارها أوحيت اليه من قبل الاله مردوك . وفى اللوحة المحفوظة بمتحف اللوفر بباريس والتى تضمنت نصوص تقنين حمورابى ، رسم يمثل الإله شمش وهو يقدم إلى حمورابى الصولجان ، رمز العدالة والسلطة التشريعية .

فمصدر السلطة التشريعية الهى ، ولكن ممارسة هذه السلطة من اختصاص الملك .

ومن ناحية أخرى ، يبغى التشريع باعتباره مصدراً للقانون تحقيق «العدل والانصاف» (١) . فلقد أعلن اوروكاجينا ان الاجراءات التى اتخذها ترمى إلى اعلاء شأن العدل فى البلاد ، وحماية الضعفاء من الأرامل واليتامى من بطش الأقوياء . ففى هذا العصر ، تبرز احدى الخصائص التى ستتسم بها القوانين بمعنى الكلمة ، وهى الخصيصة المتعلقة بفكرة العدل والانصاف . وهذا واضح فى مقدمة تقنين لبت عشتار وتقنين حمورابى . فلقد أعلن كل من اورنمو وحمورابى صراحة، وسيراً وراء اوروكاجينا ، ان الاجراءات التى اتخذاها تبغى حماية الضعفاءفى مواجهة الأقوياء . وجاء على لسان لبت عشتار انه ارسى دعائم العدل فى بلاده وحرر الفقراء من العبودية التى فرضها عليهم الأقوياء . وكثيراً ما تشير التقنينات المزوبوتامية إلى «القوانين العادلة» .

ومن ناحية ثالثة ، يتسم التشريع بسمة «الثبات» . فلكى يبرر اوروكاجينا قيامه بالاصلاحات التى سميت باسمه ، أخذ يعدد الانتهاكات التى تعرضت

---

(١) أنظر : Kramer (S.N.), dans Harvard Theological Review, X LIX, 58 sq.

لها القواعد القديمة مما ترتب عليه نشوء حالة من الظلم دفعته إلى اصدار مجموعة من القواعد التى ترمى إلى رفع شأن العدل وسيادته .

ولقد اعتمد كل من اورنمو ولبت عشتار على تبريرات مماثلة حينما أعلنا ان التشريعات التى يصدرانها ترمى إلى اجتثاث كافة أشكال الانحراف ، وإلى القضاء على مظاهر الفوضى والظلم التى تسود البلاد . فالمشرع السومرى والبابلى يبرر عمله على الدوام وهو بصدد تغيير القواعد القديمة أو اجراء التقنينات على أساس نقص التشريعات القديمة أو الاعراف . ويمكن فهم هذا التبرير بسهولة إذا ما تذكرنا ان القوانين ، تشريعية كانت أو عرفية كانت تتسم بالثبات ولا تقبل التغيير كقاعدة عامة .

وهذا هو ما يكشف عنه أيضاً حرص واضعى التقنينات الميزوبوتامية على صب اللعنات على كل من يحاول المساس بالقواعد التى تضمنتها تقنيناتهم . ويكفى أن نشير ، للتدليل على ذلك ، إلى تقنين لبت عشتار حيث يصر الملك على ابراز الأهمية التى يضفيها على عدم قابلية القوانين التى وردت فى مجموعته للتغيير أو الالغاء . فبعد أن أوضح طابع العدالة التى تتسم بها قواعده ، وأشاد بمن سيعمل على احترامها من خلفائه ، فانه يصب اللعنات على كل من سيقدم على تخريب عمله . فلقد جاء فى خاتمة تقنينه: «الحق انى حين ارسيت أسس الثروة فى سومر واكد اقمت هذه اللوحة . . كل من لا يرتكب شرا قبلها كل من لا يشوه كتابتى وكل من لا يمحو نقوشى وكل من لا يكتب عليها .. ألا ليمنح الحياة والعمر الطويل وليعل مركزه .. وأما من يرتكب شراً قبلى ومن يشوه صنع يدى ومن يدخل المخزن ويغير فى القاعدة ومن يمحو النقوش ومن يكتب اسمه عليها .. فليحرم من الوارث .. ولتقوض الآلهة مدينته .. وألا تثبت اركان ملكه .. الخ » . ويقال نفس الشيء بالنسبة لتقنين حمورابى . فهو يتضمن تأكيدات تتعلق بطابع الدوام الذى تتسم به القوانين التىأصدرها هذا الملك. فلقد جاء على لسانه «حتى نهاية الزمن ، نعم إلى الأبد ، ينبغى على الملك الذى سيحكم البلاد ان يحافظ على القوانين العادلة التى دونتها على اللوحة ،

ويجب عليه أن يمتنع عن تغيير قوانين البلاد التى أصدرتها أو القرارات (القضائية) التى اتخذتها .. وألا يشوه رسومى المحفورة » . وبعد هذا الاعلان عن ثبات قوانينه ، فان حمورابى يصب اللعنات على من يلغيها أو يغير فيها . فلقد جاء فى خاتمة تقنينه أيضاً : «إذا كان ذلك الرجل لم ينتبه إلى كلماتى التى دونتها على اللوحة ولم يخش لعنات الآلهة ومن ثم محى القرارات (القضائية) التى اتخذتها ، وأبطل أوامرى ، وبدل رسومى المحفورة ، ومحى اسمى المسجل ثم سجل اسمه ، أو إذا حرض فى الواقع ، خوفاً من تلك اللعنات ، آخر ، ليحرم «أنوم» العظيم أبو الآلهة الذى دعانى للحكم ، ذلك الرجل ، سواء كان ملكاً أو عاهلا أو حاكماً أو ايا من البشر يحمل اسماً ، من المجد الملكى ، ليقصف صولجانه وليلعن قدره ، ليشعل الرب «اليل» الذى يوزع الأقدار ، والذى لا مبدل لكلمته ، موسع مملكتى ، الاضطراب الذى لا يمكن القضاء عليه وليكن فى البأس تدميراً له فى مأواه ، ليقسم قدراً له عهداً من الحسرات ، أياماً من نقص المؤن ، سنوات من المجاعة ، ظلاماً مظلماً وموتاً فى غمضة عين ، ليأمر بفمه الكريم بدمار مدينته ، وبعثرة شعبه ، قلب مملكته ، فناء اسمه وشهرته فى البلد ..» ، ويتوالى صباللعنات القاسية .

يبين من كل ما تقدم حرص واضعى القوانين على دوامها بتقريرهم قابليتها للتغيير واعلانهم انها ذات أصل الهى . ويمكن أن نفهم أيضاً السبب فى أن كل تغيير فى القانون يعتبر عملا خطيراً للغاية ، ومن ثم كانت التشريعاتفى البداية من الندرة بمكان وكانت تعترض صدورها أو تعديلها تعقيدات كثيرة (١) .

٤ - تطبيق التشريع فى ميزوبوتاميا :

تظهر مجموعة كبيرة من الوثائق القيمة الالزامية للتشريع وتطبيقه فى واقع الحياة العملية . ومنذ الأسرة البابلية الأولى ، كان يشار إلى النص

---

(١) أنظر مؤلفنا فى تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ٢٥٢ وما بعدها .

التشريعي فى المواد التى تضمنتها التقنينات المزوبوتامية بعبارة Kima Simdat Sarrim ، وترجمتها : « طبقاً للقانون الملكى » ، مع التسليم بأنها يمكن أن تنصرف ليس فقط إلى قاعدة تشريعية فحسب بل وكذلك إلى حكم قضائى أو قاعدة من قواعد القانون العرفى . وأصوب ترجمة فى تقديرنا لكلمةSimdatum الوارد ذكرها كثيراً فى الوثائق هى «قاعدة (تشريعية ، أو قضائية ، أو عرفية) إجبارية» .

ويمكن أن نستعرض بعض النصوص التى تضمنت كلمة « Simdatum»

١ — فلقد تضمن تقنين حمورابى تعبير Simdat Sarrim فى مواده ٥١ و ٨٩—٩٠ . وتنص المادة ٥١ «إذا لم يكن لديه نقود ليرد دينه ، فانه يعطى التاجر مقابل ذلك شعيراً أو سمسما بسعر السوق ، تلك النقود التى استدانها وفوائدها ، طبقاً للقانون الملكى » . وتقرر المادة ٨٩ : «إذا لم يكن لدى رجل نقود للوفاء بما عليه من دين ، ولكن كان لديه شعير ، فطبقاً للقانون الملكى يأخذ التاجر شعيراً مقابل الدين وفوائده ... » .

فما هى هذه القوانين التى تشير اليها المواد المذكورة ؟ .

يمكن أن يتعلق الأمر بقوانين تسعيرة تحدد ثمن الشعير أوالسمسم نقداً. ولنضرب مثلا على ذلك بالمادة الأولى من تقنين اشنونا التى تنص : «كور من الشعير يقدر بشاقل من الفضة .. الخ» . وقد تكون عبارة عن قوانين تضع الشروط التى بمقتضاها يمكن للمدين أن يتحرر من دينه النقدى عن طريق الوفاء عيناً (فى صورة شعير أو سمسم) مع إلتزام الدائن بقبول مثل هذا الوفاء . وينبغى أن نلاحظ ان المادة ٥١ من تقنين حمورابى السالفة الذكر حددت طريقة تقدير الشعير والسمسم بقولها «طبقاً لسعر السوق» ، أى وفقاً لسعر السوق يوم الوفاء . ويمكن للمدين أن يستفيد من الرخصة التى تقررها له المادة ٥١ من تقنين حمورابى : فهو يستطيع أن يتحرر من الدين النقدى الذى تلقاه من التاجر وكذلك فوائده مقابل

تقديمه ما يعادل قيمة الدين والفوائد من الشعير والسمسم وفقاً لسعر السوق يوم الوفاء . وتضيف المادة ٥١ انه يمكن أن يتم الوفاء طبقاً للقانون الملكى ، أى وفقاً للقواعد التى وضعها هذا القانون .

ويبدو لنا أن عبارة Simdat Sarrim الواردة فى المواد ٥١ و ٨٩ — ٩٠ تمثل أهمية خاصة من حيث انها تبرز ، على ما يبدو ، القيمة الالزامية للقوانين فى العلاقات ما بين الدائن والمدين ، بصرف النظر عن ارادة الطرفين التى تضمنها الاتفاق المبرم بينهما .

وهناك مثال آخر للقوانين الملكية جاءت به المادة ١٨ من تقنين لبت عشتار التى تعالج حالة تأخر المنتفع بأرض منحت له كاقطاع ، عن الوفاء بضريبة الأرض ، واستولى عليها شخص آخر وقام بدفع الضريبة لمدة ثلاث سنوات ، فان هذه الأرض تؤول إلى من تحمل الضريبة خلال هذه الفترة . ففى الحقيقة نحن بصدد تشريع يعالج حالة غياب صاحب الاقطاع لأكثر من ثلاث سنوات . وتتضمن المادة ٣٠ من تقنين حمورابى نفس الحكم ، فهى تنص : «إذا كان ضابط أو عداء قد هجر حقله وبستانه وبيته بسبب التزامه الاقطاعى وارتحل وكان آخر فيما بعد قد احتل حقله وبستانه وبيته وقام بالالتزام الاقطاعى مدى ثلاث سنوات.. فان عاد وطالب بحقله وبستانه وبيته فسوف لا تعطى له .. ان من أخذها ورعى التزاماتها الاقطاعية تصبح من حقه الاقطاعى» .

ولقد كانت المحاكم البابلية تعترف بفعالية «القواعد الالزامية»(تشريعات، أحكام قضائية لها قوة القانون) التى كانت تطبق فى الإمارات التابعة للامبراطورية البابلية .

ويشير واقع الحياة القانونية البابلية انه كان يؤخذ فى عين الاعتبار حكم القانون بالنسبة لعدم الوفاء بالتزام تعاقدى من قبل أحد الطرفين المتعاقدين . وهذا هو ما نشاهده من خلال دراسة العديد من العقود التى تتعلق باستئجار الحصدة . فالحاصد الذى يكون قد تلقى مبلغاً من

النقود أو كمية من الشعير عند تعاقده ، يتعرض للجزاء المقرر فى القانون الملكى إذا لم يقم بالحصاد . ويمكن الاعتقاد بأن المادة ٩ من تقنين اشنونا تتضمن قانوناً ملكياً يواجه هذه الحالة ، فهى تنص : «إذا دفع رجل شاقلا من الفضة لرجل استأجره للحصاد ولم يضع هذا نفسه تحت تصرفه ولم يكمل له العمل فى كل مكان فانه يدفع ١٠ شواقل من الفضة ..الخ» ، أى أنه يدفع تعويضاً حدده هذا القانون بعشرة أضعاف المبلغ الذى تسلمه عند ابرام العقد. فالجزاء اذن مالى. وقديكون الأمر يتعلق بقانون مماثل صدر فى بابل ، أوبحكم صادر من المحاكم الملكية له قوة القانون الملكى.وإذا كان هناك الكثير من العقود التى تكتفى بالاشارة إلى أن الحاصد سوف يتعرض للعقاب أو سيتحمل الجزاء «طبقاً للقانون الملكى » فان هناك عقوداً أخرى تحدد : «سيدفع النقود ، وفقاً للقانون الملكى » . ويبدو ان القضاء إتبع معيار التفسير الواسع لهذا القانون ، وطبقه على عقود أخرى تتعلق باجارة الخدمة .

٥ – دور التشريع فى تطوير القانون السومرى والاكدى :

ان القوانين التى تضمنها التقنينان السومريان : تقنين أورنمو وتقنين لبت عشتار ، والتقنينان الاكديان : تقنين اشنونا وتقنين حمورابى ، تتعلق بمجالات غاية فى التنوع : القانون الخاص ، والقانون العام ، والاجراءات القضائية ، والمسائل الاقتصادية والضريبية ، الخ . بيد أن هذه التقنينات لا تمثل القانون المعمول به فى مجموعه كما سيلى تفصيله .

ولا ينبغى أن نهمل أهمية القانون العرفى ؛ ودور العرف كمصدر للقانون فى ميزوبوتاميا (١) . ولم تكن ترمى النصوص التشريعية إلا إلى تغيير قاعدة عرفية أو الغائها ، أو إلى وضع حلول لحالات خاصة أو أكثر تعقيداً ، أو إلى تحديد عدد من القواعد التى اثارت الخلافات فى محيط القضاء . ويمكن أن نلقى الضوء على هذه الخصائص التى تتميز بها التشريعات

(١) راجع مؤلفنا فى تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ص ٢٤٧ .

الميزوبوتامية ، وذلك بأن نورد بعض الأمثلة لعدد من الحالات:

(أ) الغاء قاعدة عرفية : تحدد المادتان ٢٨،٢٧ من تقنين اشنونا الشروط اللازمة لتكوين الزواج فالمادة ٢٧ تقرر أن الزواج لايكون صحيحاً إذا لم تراع الشكليات التى يتطلبها القانون ، فهى تنص: « إذاأخذ رجل ابنة آخر قسراً دون إذن أبيها أو أمها ولم يتم معها عقد زواج تقليدى مع أبيها أو أمها حتى لو عاشت فى بيته مدى عام فانها ليست زوجة بيت » . وواضح أن هذه المادة تحدد فى عبارة قاطعة : رغم أنها عاشت فى منزله لمدة عام لا تعتبر زوجة شرعية له . ويرمى هذا النص إلى الغاء قاعدة عرفية كانت تعترف بصحة الزواج عن طريق المعاشرة الفعلية . فمن الممكن أن نتصور أن القانون العرفى كان يخلع صفة الزوجة الشرعية على المرأة التى تعيش لمدة سنة فى بيت الرجل الذى تزوجها دون مراعاة القواعد المقررة قانوناً . وتلغى المادة ٢٧ صراحة هذا العرف برفضها اعتبار هذه المرأة زوجة شرعية .

(ب) حلول معطاة فى حالات خاصة : لم يكن قانون المواريث السومرى والبابلى محلا لتنظيم تشريعى متكامل . إذ لم يتدخل المشرع الا بالنسبة لحالات خاصة . وتتعلق النصوص التشريعية التى عالجت المواريث والتى تضمنها تقنين لبت عشتار وحمورابى ، بالفروض الآتية:

١ - إرث إخوة من جهة الأب الأموال والدهم. واشارت إلى هذا الفرض المادة ٢٤ من تقنين لبت عشتار والمادة ١٦٧ من تقنين حمورابى . ولقد جاء فى المادة ٢٤ : « إذا حملت زوجته الثانية من أطفال فان البائنة التى أتت بها من بيت أبيها لأولادها ، ولكن أولاد الزوجة الأولى والزوجة الثانية يأخذون بالتساوى أنصبتهم من متعلقات أبيهم » . وكذلك تنص المادة ١٦٧ من تقنين حمورابى : «إذا تزوج رجل ورزق بأولاد ثم ماتت الزوجة فتزوج

من بعدها بإمرأة أخرى انجبت له أولاداً فانه حينما يموت لا يقتسم الأولاد التركة تبعاً لأمهاتهم بل تستولى كل مجموعة من الأولاد على بائنة أمهم ثم تقسم التركة الأبوية بالتساوى بعد ذلك » .

٢ — ارث أموال الأم . وتضمنته المادة ٢٦ من تقنين لبت عشتار ، والمادتان ١٦٢ و ١٦٧ من تقنين حمورابى . فتنص المادة ١٦٢ من تقنين حمورابى : «إذا اتخذ رجل زوجة وأنجبت له أولاداً ثم ماتت فليس لأبيها أن يسترد بائنتها لأن هذه البائنة ملك لأولادها» .

٣ — إرث الأولاد الذين أنجبوا نتيجة علاقة ما بين شخص حر وإمرأة تمارس البغاء ، لأموال أبيهم . وهذا هو ما أشارت اليه المادة ٢٧ من تقنين لبت عشتار ، فهى تنص : «إذا لم يرزق رجل من زوجته بأولاد وتحمل منه إمرأة تحترف البغاء بطفل أو أطفال فعليه أن يقدم الحبوب والزيت والملابس لهذه المرأة . ويكون ابناؤها منه ورثة له .. ولكنها لا تعيش فى بيته ما دامت زوجته حية » .

٤ — ارث الأولاد الذين انجبوا نتيجة علاقة بين السيد ومحظية رقيقة، لأموال والدهم . وتشير إلى ذلك المادة ٢٥ من تقنين لبت عشتار والمادة ١٨٠ من تقنين حمورابى . فتنص المادة ٢٥ من تقنين لبت عشتار : «إذا تزوج رجل ورزقت زوجته بأولاد وكانوا أحياء ثم رزق من أمة له بأولاد كذلك فان الأمة وأولادها يحررون ولكن ابناء الأمة لا يشاركون أولاد أبيهم الآخرين فى ضيعته » . أما المادة ١٧٠ من تقنين حمورابى فتقرر : «إذا أنجبت الزوجة الأولى لزوجها اولاداً ثم أنجبت له جاريته أولاداً ، وقال الأب اثناء حياته للأبناء الذين أنجبتهم له الأمة «أبنائى» ، وبذا عدهم كأبناء الزوجة الأولى ، فانه بعد موت الأب تقسم التركة الأبوية بالتساوى بين أولاد الزوجة الأولى وأولاد الأمة على أن يكون لبكر الزوجة الأولى حق الاختيار والأخذ أولا عند القسمة» .

٥ — الزيادة التي يحصل عليها الإبن الأكبر على النصيب الإرثي (المواد ٣٦ — ٣٨) من تقنين لبت عشتار .

٦ — إرث الكاهنات . وهذا هو ما تشير اليه المادة ٢٢ من تقنين لبت عشتار ، والمواد ١٧٨ — ١٨٤ من تقنين حمورابي . وتنص المادة ٢٢ من تقنين لبت عشتار : «إذا كان الأب حياً فان ابنته سواء كانت «انتو» (طبقة من الكاهنات) أو «ناتيتو» (طبقة من الكاهنات) فانها تعيش كوريثة له » . أما المواد ١٧٨ — ١٨٤ من تقنين حمورابي فيمكن أن نستعرضها فيما يلي :

المادة ١٧٨ : «في حالة الكاهنة .. التي قدم أبوها بائنة لها ودون لوحة من أجلها فإنه إذا لم يكن قد سجل في اللاحةتصريحه باعطاء أموالها لمن تشاء ولم يخولها مطلق التصرف فبعد موت أبيها فان إخوتها يأخذون حقلها وبستانها ولكنهم يعطونها طعاماً وزيتاً وملابس تعدل قيمة نصيبها بحيث تكون راضية. وإذا لم يقدموا لها طعاماً وزيتاً وملابس مناسبة تعدل قيمة نصيبها بحيث تبدو راضية فلها أن تعطي حقلها وبستانها إلى أي مستأجر ترضاه ، والمستأجر في هذه الحالة سيرعاها ما دامت تستولي على ثمار الحقل والبستان أو ما منحها أبوها طيلة حياتها دون حق تصرف بالبيع أو الوصية للغير لأن ميراثها يخص إخوتها من بعدها» .

المادة ١٧٩ : «في حالة الكاهنة .. التي قدم أبوها لها بائنة ودون لوحة مختومة من أجلها وسجل في اللوحة التي كتبها تصريحه بالتصرف في ميراثها وفق مشيئتها وخولها كامل التصرف ، فانه بعد وفاته لها أن تسلم ميراثها لمن تشاء وليس لإخوتها أن يطالبونها» .

المادة ١٨٠ : «إذا لم يقدم أب بائنة لابنته الكاهنة .. فانه بعد موته تتسلم كنصيب لها في تركة أبيها نصيباً مماثلا لأي وريث ويكون لها حق الانتفاع فقط طيلة حياتها لأنه يخص أخوتها من بعدها» .

المادة ١٨١ : «إذا كان أب قد أنذر ابنته لمعبود .. ولم يقدم لها بائنة

فانها بعد موته تأخذ نصيباً من تركة الأب بمقدار الثلث ويكون لها حق الانتفاع به طيلة حياتها فقط لأنه يخص إخوتها » .

المادة ١٨٢ : «إذا كان أب لم يقدم بائنة لابنته التى هى كاهنة «مردوك» بابل ولم يدون لوحة مختومة من أجلها ، فانها بعد موته تشارك أخوتها فى تركة الأب بنسبة الثلث لها ولكن سوف لا تؤدى أى التزام ، لأن لكاهنة «مردوك» بابل حق منح ميراثها لمن تشاء» .

المادة ١٨٣ : «إذا حرر أب لوحة مختومة لابنته التى هى خادمة معبد عند تقديم بائنتها للزوج ، فعند موت الأب لن تأخذ عند القسمة أى شىء من مال تركة الأب » .

المادة ١٨٤ : «إذا لم يقدم رجل بائنة لابنته الكاهنة ولم يزوجها ، فعلى اخوتها بعد موته أن يقدموا لها بائنة تتناسب مع قيمة تركة الأب ويعطونها لزوج» .

٧ — الحرمان من الارث . وتشير اليه المادة ٢٥ من تقنين لبت عشتار السالفة الذكر والمادتان ١٦٨ — ١٦٩ من تقنين حمورابى . فتنص المادة ١٦٨ : «إذا أراد رجل أن يحرم أحد ابنائه من الميراث وقال للقضاة : «سأحرم ابنى من الميراث » فان القضاة يتثبتون من وقائع دعواه فاذا لم يكن الإبن قد ارتكب ذنباً خطيراً بحيث يحرمه حقه فى الميراث فليس للأب أن يحرمه من الميراث » . أما المادة ١٦٩ فتقرر : «إذا كان قد ارتكب اثماً خطيراً يكفى لحرمانه من الميراث ، فمرة أولى يصفحون عنه فان ارتكب خطأً خطيراً للمرة الثانية فللاب أن يحرمه من الميراث» .

(ج) التشريعات المفسرة : وفقاً للمادة ٢٤ من تقنين لبت عشتار التى سبقت الاشارة اليها ، فان الأولاد من الفراش الثانى يرثون وحدهم الدوطة الخاصة بأمهم . أما فيما يتعلق بأموال الأب فان أولاد الفراشين يرثونها «بالتساوى» . ويعتقد أن القضاة كانوا مختلفين فيما بينهم حول

معرفة ما إذا كان تقسيم التركة «بالتساوى» معناه التقسيم على أساس عدد الأولاد بصرف النظر عن اختلاف الأم ، أو التقسيم مناصفة أى لأولاد كل فراش نصف التركة . ومن ثم يمكن فهم السبب الذى من أجله تبنى تقنين حمورابى فى المادة ١٦٧ نفس المبدأ الذى تضمنته المادة ٢٤ من تقنين لبت عشتار ، مع اضافته تفسير لتعبير «بالتساوى» يستبعد صراحة مبدأ التقسيم مناصفة ويقرر التقسيم بحسب الرؤوس Per capita . ويشير مضمون المادة ١٦٧ إلى أنه بعد موت الأب ، فان أولاد الفراشين لا يقتسمون التركة الأبوية على أساس أن ينال أولاد كل فراش نصف التركة (أى طبقاً لمبدأ التقسيم مناصفة) . فاذا كانت دوطة كل أم تؤول إلى أولادها وحدهم ، غير أن أموال الأب تقسم بين جميع الأبناء على قدم المساواة .

وهكذا فان التشريعات الميزوبوتامية ، بتقريرها قواعد جديدة ، وبتوجيهها قضاء المحاكم ، وبتحديدها القانون العرفى ، ساهمت بطريقة قاطعة فى تطور النظم القانونية السومرية والبابلية وتقدمها .

٦ - التطور الاقتصادى والقانونى فى ميزوبوتاميا ابتداء من العصر السومرى حتى تقنين حمورابى :

من الطبيعى إذا أردنا أن نعرف مدى تأثر حمورابى بالقوانين السابقة عليه أن نبدأ بابراز نطاق استمرار هذه القوانين فى واقع الحياة العملية فى ميزوبوتاميا حتى لحظة اعتلاء حمورابى العرش ، وذلك من خلال القاء نظرة سريعة على التطور الاقتصادى والقانونى ابتداء من العصر السومرى حتى العصر الحمورابى . ولقد سبق أن لاحظنا هذا التطور فى مجال التشريع . ويمكن أن نقول أن التطور سواء فى مجال الاقتصاد أو القانون كان مستمراً ولم يتعرض لأى انقطاع فجائى أو ثورى ، مع أنه كان مليئاً بالتغيرات فى التفاصيل (١) . ومن ثم فان حمورابى تأثر عند وضعه لتقنينه بالقوانين

---

(١) أنظر مؤلفنا فى تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ١٩٧٢ - ١٩٧٣ ، ص ٣١ وما بعدها .

السومرية والأكدية التي كانت على قيد الحياة .

ومما يؤكد هذا التأثر ان حمورابي كان يرمى ، من الناحية السياسية ، ان يجمع بين الشعبين الكبيرين اللذين كانا يعيشان فى ميزوبوتاميا وهما : الاكديون والسومريون ، تحت حكم سلطة عامة واحدة (١) . وكان ينبغى عليه بالتالى أن يسترشد ، وهو يضع تقنينه ، بالتقاليد القانونية لهذين الشعبين حتى يتمكن من توحيدهما على الصعيدين السياسى والقانونى . ذلك أن اتجاه حمورابى كان وحدوياً ليس فقط من الناحية السياسية بل ومن الناحية القانونية أيضاً ، أى أنه كان يرغب فى توحيد القانون فى قسمى امبراطوريته اللذين كانا منفصلين من قبل ونعنى بهما اقليم أكد واقليم سومر . ورغم انه كان يميل إلى الحضارة الاكدية وهى حضارة سامية ، بدليل أنه قد دون تقنينه باللغة الاكدية التى أصبحت وحدها اللغة الرسمية لامبراطوريته ، الا أنه وجد نفسه مضطراً لأن يقيم وزناً لبعض الأنظمة السومرية التى استمر وجودها ، ونجم عن ذلك ثنائية الحل القانونى أحياناً . ولا يعنى ذلك انه قد تبنى مبدأ شخصية القوانين ، بل أصبح لكل فرد من أفراد الامبراطورية ، سومرياً كان أصله أو أكديا ، أن يختار ما بين نظامين متقابلين ولا يتقيد بقانونه الأصلى .

٧ ـ العلاقة ما بين تقنين حمورابى والتقنينات السابقة عليه :

جرت أول محاولة لابراز هذه العلاقة وتبيان مدى تأثر حمورابى بالقوانين السابقة عليه ، على يد العالم الألمانى «كوشاكر Koschaker» منذ نحو ٦٦ سنة (٢) . ويتلخص الرأى الذى انتهى اليه ، فى أن حمورابى

---

(١) أنظر : Boyer (G.) : Introduction bibliographique à l'histoire : du droit suméro-akkadien, AHDO, 1938, 71.

(٢) أنظر : Koschaker : Rechtsvergleichende Studien Zur Gesetzgebung Hammurapis, Leipzig, 1917 .

قام باقتباس كثير من القواعد القانونية التى تضمنها تقنينه من التقنينات التى سبقته .

ولا شك انه يمكننا اعادة النظر فى هذه المسألة فى الآونة الحاضرة ، إذ تمت اكتشافات أثرية حديثة لم تكن تحت يد «كوشاكر» . ففى عام ١٩٤٨ نشر تقنين سومرى للملك لبت عشتار ، وتمت ترجمته . ويرجع تاريخ هذا التقنين إلى ما قبل حمورابى بقرنين تقريباً (١) . كما تم العثور على تقنين سومرى آخر للملك اورنمو ، وهو أحد ملوك الأسرة الثالثة لأور ، ويعتبر أقدم التقنينات الميزوبوتامية ، إذ يسبق تقنين حمورابى بأربعة قرون من الزمان(٢). ويمثل اكتشاف اورنمو خطوة هامة فى تاريخ القانون السومرى . ذلك ان الاصلاحات التشريعية التى تمت فى اقليم سومر من قبل لم تشملها مجموعة قانونية بل ورد ذكرها فى سياق سرد تاريخى على لسان بعض المؤرخين . وهذا هو ما نعرفه عن اصلاحات الملك اوروكاجينا السالفة الذكر ، بل ولا نعرف ما إذا كانت هذه الاصلاحات قد تمت بمقتضى نصوص تشريعية بمعنى الكلمة .

كما نشر فى سنة ١٩٤٨ تقنين للملك بلالاما ، أحد ملوك مدينة اشنونا . وهو يمثل أقدم تقنين أكدى معروف . ويسبق بدوره تقنين حمورابى بقرنين من الزمان تقريباً (٣) . ونشرت كذلك مجموعة القوانين «انا اتيسو

---

(١) أنظر : Pritchard : AncientNear EasternTexts Relating to the old Testament, 1969, 159 (S.N. Kramer); Steele (F.R.) : The code of lipit Ishtar, AZA, 52, 1948, 425-480

(٢) بريتشارد، المرجع السالف الذكر، ص ٥٢٣ (صاحب الترجمة هو J.J. Finkelstein) وأنظر كذلك

Kramer (S.N.) : Ur-Nammu Law Code, Orientalia, N.S.23, 1954, 40—51; Szlechter (E.) Le code d'Ur-Nammu, RA, 49, 1955, P. 169 — 177; Idem : A propos du code d'Ur-Nammu, RA,47, 1953, P. I — 10.

(٣) أنظر : Geotze (Albrecht): The Laws of Eshnunna, AASOR,XXI, 1956

« Ana Ittiso » ، وهى تضم مجموعة من القوانين العائلية السومرية .
« أنا إتيسو » والأحكام التى تتضمنها معاصرة لأسرة أور الثالثة (١)
. وهناك أيضاً مجموعة من الأحكام القضائية «ديتيلا di-til-la » ترجع
بدورها إلى عهد أسرة أور الثالثة ، وتم نشرها فى عامى ١٩٥٦ و ١٩٥٧ .

ولا تتمتع هذه المصادر بنفس الدرجةمن الأهمية بالنسبة لموضوع بحثنا وبخصوص معرفتنا للقانون فىميزوبوتاميا.فاذاكانت مجموعتا « أنا إتيسو » والأحكام القضائية «ديتيلا» تلقيان الضوء على التطبيق العملى للقانون المعمول به فى لحظة وجودها ، غير أنهما لا يعرفاننا بالقانون المكتوب ولهذا السبب، تمثل التقنينات أهم مصدر للموضوع الذى نعالجه .

بيد أن دراسة هذه التقنينات تنطوى على صعوبات عديدة . منها أن التقنينات الميزوبوتامية لا تحتوى القانون فى مجموعه كما سبق القول ، بل تتضمن بعض القواعد القانونية التى لها ملامح استثنائية . كما أنها لا تعالج المسائل وفقاً للتسلسل المنطقى الذى نتبعه وعلى أساس المنهاج المجرد أى المنهاج الذى يتجه إلى القاعدة العامة كما هو شأن التقنينات والقوانين الحديثة ، بل وفق منهاج افتراضى يتضمن مجموعةمن الحلول القانونية لحالات ملموسة .

ومن هذه الصعوبات أيضاً ان المصادر الميزوباتومية ، ولا سيما المصادر السومرية ، قد تعرضت للتلف . فمثلا ، لا نعرف عن تقنين أورنمو سوى المقدمة وبعض مواده ، بل وكثير من هذه المواد به فجوات ومشوه للغاية. ويقال نفس الشيء بالنسبة لتقنين لبت عشتار ، حيث لم يصلنا منه سوى المقدمة و ٢٩ مادة أى ما يعادل ربع القانون الأصلى ، كما أن أغلب مالدينا من مواد ليس كاملا ، ولم يتبق من بعض هذه المواد سوى مجرد كلمات ، وتأتى فى النهاية الخاتمة .

وإذا كان تقنين بلالاما محافظاً عليه لحد ما ، وهو يتضمن ستين مادة

---

(٥) راجع : Landsberger "Ed." : Le Serie Ana Ittiso, Rome 1937.

وصلت الينا ، فان مضمونه ضيق . ويمكن القول أن تقنين حمورابى هو التقنين الوحيد الذى عرف لنا بأكمله ، وهو يشتمل على مقدمة ، و٢٨٢ مادة ، وخاتمة . ولكنه مع ذلك لا ينظم كل مظاهر الحياة القانونية ، بل يعالج بعض المسائل فقط ، مع اسهابه فى التفصيلات ، ومواده تبدأ دائماً بحالات خاصة إفتراضية تتعلق بالحياة العائلية أو التجارية أو الزراعية. ومهما يكن من أمر فان تقنين حمورابى ما زال يعد أهم الوثائق التشريعية المتعلقة بجنوب ميزوبوتاميا .

وهناك أخيراً صعوبة نابعة من كوننا لا نعرف تاريخ التقنينات الميزوبوتامية وأصلها على وجه التحديد ، باستثناء اسماء المشرعين الذين أصدروها وما تتضمنه مقدمات هذه التقنينات من معلومات . كما أننا لا نعرف شيئاً عن مصيرها اللاحق وقيمتها أمام المحاكم . إذ أن وثائق الحياة العملية اللاحقة على هذه التقنينات ، وهى تعد بالآلاف، لم تشر اليها أبداً (١) . ويمكن أن نستخلص من ذلك أن الأهمية المضفاة على القوانين المكتوبة تختلف تماماً عنها فى عصرنا الحالى .

٨ ـ مظاهر تأثر تقنين حمورابى بالقوانين السومرية والأكدية (١) :

١ ــ المظهر الأول يتعلق بتقسيم التقنين إلى ثلاثة أجزاء : المقدمة والمضمون والخاتمة . فاذا قارنا التقنينين السومريين ، وهماتقنين اورنمو وتقنين لبت عشتار ، بتقنين حمورابى ، نجد التشابه واضحاً فى مجال الشكل .

ولقد سبق القول أن الملك اورنمو (٢٠٦١ ــ ٢٠٤٣ ق . م) وضع تقنيناً باللغة السومرية القديمة ، عثر على أجزاء منه . واتبع هذا الملك

---

(١) أنظر :

G.R. Driver-John C. Miles: The Babylonian Laws, Oxford University, 2nd ed. 1960.

(٢) أنظر : Korosec (V.) : Le code d' Hammurabi et les droits antérieurs, RIDA, 8, 1961, 11 — 28.

فى طريقة عرضه لمواد التقنين ، التقسيم الثلاثى أى أن التقنين يتكون من ثلاثة أجزاء : الجزء الأول يمثل المقدمة ويشير فيها إلى الآلهة ومحبتهم له كما يشيد بشجاعته وفضائله ، والجزء الثانى هو المضمون ولم يصلنا منه سوى بعض المواد بها فجوات كثيرة ، والجزء الثالث هو الخاتمة ولم يصلنا ، إذ تعرضت نهاية هذا التقنين للتلف .

وهناك ملك سومرى آخر ، وهو لبت عشتار ، خامس ملوك أسرة اسن (يرجع تاريخها فيما بين ١٩٦٩ – ١٧٣٣) ، قام هو الآخر بوضع تقنين باسمه . وهو يبدأ بدوره بمقدمة تشبه لحد ما ، من حيث محتواها ، مقدمة تقنين حمورابى ، إذ يذكر فيها كما سبق أن أوضحنا الالة أنو والاله انليل ، وهما اللذان وضعا لبت عشتار على العرش ، ويشيد الملك فيها بعمله . والجزء الثانى وهو الجزء الخاص بالمجموعة القانونية نفسها . ولم يصل الينا منها سوى ٢٩ مادة ، أى ما يعادل ربع القانون الأصلى ، وهذه المواد غير كاملة فى غالبيتها (١) . وتأتى الخاتمة فى نهاية التقنين ، وفيها يعود لبت عشتار إلى الإشادة بفضائله والافتخار بعمله ، ويتوعد من يتلف نصوص التقنين أو يبدل فيه ويبتهل إلى الآلهة أن تنزل لعنتها وتحيق بالمصائب والكوارث كل من يقوم بمثل هذه الأعمال (٢) .

ولقد اقتبس حمورابى ، على ما يبدو ، من تقنين لبت عشتار وربما كذلك من تقنين أورنمو هذا التقسيم الثلاثى . فهو يشتمل على مقدمة تذكر أن الآلهة هم الذين كلفوا حمورابى بوضع التقنين ، وتشيد بمحبتهم له وثقتهم فيه ، وتمتدح عدالة حمورابى وشجاعته ، وتبين الغاية من نشاطه التشريعى ، وتحاول تأكيد احترام القانون عن طريق اضفاء البركات

---

(١) أنظر مؤلفنا : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ١٩٧٢ – ١٩٧٣ ، ص ٢٦٢ وما بعدها . وكذلك نجيب ميخائيل إبراهيم : مصر والشرق الأدنى القديم حـ ٦ ص ٥٣ وما بعدها .

(٢) أنظر : Szlechter (E.); Lecode de Lipit-Ishtar, RALI 1957, 57—89; Idem, RIDA, 4, 1957, 75..

والشكر للآلهة . وهذا التقديم الرسمي للقانون يرجع إلى تقليد سومري، كما سبق القول . ويشمل الجزء الثاني من التقنين ٢٨٢ مادة تعالج بالتفصيل الكثير من المسائل والفروض التي تستوجب التغيير أو التأكيد التشريعي ، وأهمها التنظيم القضائي ، والاجراءات ، والقانون الجنائي ، والأراضي ، والعقود ، والأسرة ، والزواج ، والميراث . وهي ليست معروضة وفقاً للتسلسل المنطقي الذي نتبعه في العصر الحديث .

ومما هو جدير بالتأمل اننا لا نقابل المقدمة والخاتمة في تقنين بلالاما ، ملك مدينة اشنونا (نحو عام ١٩٣٦ — ١٩٢٧) . ويعتبر هذا التقنين ، وهو مكتوب باللغة الاكدية ، أقدم تقنين أكدي معروف . ويتضمن ستين مادة تعالج الزواج والقرض والوديعة والاجارة والبيع ، ويحتل القانون الجنائي مركزاً هاماً فيه (١) .

كما أن مجموعة القوانين الآشورية التي صدرت بعد ذلك بعدة قرون لا تتضمن بدورها مقدمة وخاتمة ، أي أنها لم تتبع التقسيم الثلاثي ، رغم أنها تمثل أهم أثر قانوني للشرق القديم يلي تقنين حمورابي (٢) . وهي تصف حالة قانون مطبق نحو القرن الرابع عشر ، وان كان البعض يرى أرجاع تاريخ هذا القانون إلى نحو عام ١١٠٠ ق . م . وتتضمن هذه المجموعة ثلاث لوحات ، أكثرها أهمية وأكثرها احتفاظاً بحالتها تحتوي على ستين مادة ، تجمع خصيصة مشتركة وهي انها تعالج مسائل خاصة بالنساء .

٢ — المظهر الثاني يتعلق بتدوين المواد في أسلوب شرطي . ويبدو كذلك ان السومريين هم الذين ادخلوا هذا الأسلوب . فالكلمة السومرية

---

(١) أنظر :

Yaron (R.) ; Forms in the laws of Eshnunna, RIDA 9 (1962), 137—156; Szlechter (E.) : Les lois d'Eshnunna, Transcriptions, traducton et commentaire, publication de l'Institut de droit romain, 12, Paris, 1954.

(٢) راجع مؤلفنا : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، ١٩٧٢ — ١٩٧٣ ، ص ٢٧٢ .

«توكومبي tukumbi = إذا » ترجمت إلى اللغة الاكدية بكلمة « شوما Shumma » ، وإلى اللغة الحيثية بكلمة «مان man » أو «تاكو takku » .
وإذا ما قرأنا التقنينات السالفة الذكر نجد أن كل مادة تبدأ بكلمة «إذا» أو «لو فرض أن» . فكل مادة من مواد تقنين حمورابى تبدأ باصطلاح «شوما» أى «إذا» ، وتتناول مسألة محددة للغاية ، للدرجة انه لا يمكننا استنباط حل المسألة القريبة منها (١) . مثال ذلك ، المادتان الأولى والثانية من تقنين حمورابى تعالجان الاتهام الكاذب بجريمة القتل ، ولكنهما لا تتعرضان للأمر بالنسبة للشروع فى القتل . فالمادة الأولى تنص : «إذا اتهم رجل آخر بالقتل ولم يقم البينة عليه ، فسوف يقتل متهمه» .

وجاء فى المادة الثانية «إذا اتهم رجل آخر بالسحر ثم لم يقم البينة عليه ، اختبر المدعى عليه بالسحر بامتحان النهر المقدس فيرمى نفسه فيه وإذا غلبه النهر المقدس فسوف يأخذ المدعى بيته وان أظهر النهر أنه برىء وخرج سالماً فسوف يقتل المدعى ويأخذ المدعى عليه بيته ويحتفظ به (٢) . وتعاقب المادة ١٤ خطف إبن شخص حر ، ولكننا لا نعرف ما هو الحل بالنسبة لخطف عبد ، فهى تنص «إذا اختطف رجل ابناً صغيراً لآخر يحكم عليه بالموت » . وتتناول المواد من ٥٣ إلى ٥٦ الجرائم المتعلقة باستعمال قنوات الرى ، ولكن أيا منها لا يعالج سرقة المياه . فالمادة ٥٣ تنص على أنه «إذا أهمل رجل فى صيانة سد حقله ولم يصنعه قوياً وحدث به صدع ، ومن ثم ترك المياه تجرف الأرض المزروعة ، فالرجل الذى حدثت الثغرة فى سده سوف يعوض القمح الذى تسبب فى فقده » . أما المادة ٥٤ فتنص إذا لم يكن قادراً على التعويض بالقمح ، يباع هو وأمواله ، ويقتسم الزارعون الذين أتلف الماء محصولهم ماله» .

---

(١) أنظر : Boyer (G.) : De la science juridique et de sa méthode dans l'ancienne Mésopotamie, communication au colloque assyriologique de Paris, 1950.

(٢) يراجع بالنسبه لكل ما يتعلق بالنصوص الواردة فى هذا البحث : James B. Pritchard : Ancient Near Eastern Texts relating to the old Testament, Third Edition, 1969, 159 — 180, 523.

وتقرر المادة ٥٥ «إذا حدث أن تكاسل رجل عند فتح قناته للرى ومن ثم اجتاحت المياه حقلا مجاوراً لحقله ، فسوف يدفع قمحاً معادلا». أما المادة ٥٦ فتنص «إذا أطلق رجل المياه ثم تركها تجرف ما تم من أعمال فى حقل جاره ، يدفع ١٠ «كور» مقابل كل ١٨ «ايكو» (من الأرض)» .

وتعاقب المادة ١٩٥ على ضرب الابن لوالده ، ولكنها لا تتحدث عن قتل الوالدين ، فهى تنص «إذا ضرب ابن اباه ، تقطع يده (١)» .

ويتضح من كل هذه المواد أن تقنين حمورابى ، شأن بقية التقنينات المزوبوتامية ، يبدأ دائماً بحالات خاصة افتراضية وفقاً للمنهاج الافتراضى ، ومواده مدونة بأسلوب مختصر . ومن ثم يمكن القول أن التقنينات المزوبوتامية تواجه مجموعة من الافتراضات العملية المتعلقة بالحياة العائلية والزراعية والتجارية .

٣ — المظهر الثالث يتعلق بمضمون المواد . ولاشك أن مجال التأثير هنا فسيح ويمثل أهمية أكبر ، ولذلك سنفرد له حيزاً معقولا مهتدين بالنصوص التى وردت فى التقنينات السالفة الذكر . وسوف نقسم هذه النصوص إلى مجموعات على أساس وحدة الموضوع الذى تعالجه مما سيسمح لنا بتقديم تفسير مقبول عن أوجه الشبه الكثيرة ما بين التقنينات السابقة على حمورابى وتقنين حمورابى ، وذلك على النحو التالى :

(أولا) فى مجال قانون الزواج والطلاق :

يسود هنا تأثير القوانين الاكدية . ويرد سبب ذلك إلى الطابع المحافظ الذى اتسمت به . وإذا أردنا أن نقدم تطبيقاً لتأثير هذه القوانين فاننا نجده

---

(١) أنظر كذلك : G.R. Driver and J.C. Miles : The Babylonian Laws, Vol. II, Oxford University Press, 2nd ed. 1960.

فى مجال ابرام الزواج(١) ، حيث اننا نقابل فى تقنين بلالاما ، وهو تقنين أكدى كما سبق القول ، وتقنين حمورابى المصطلحات الثلاثة المتعلقة بهذا الموضوع والتى لها دلالة خاصة وهى :

١ — المهر (الترخاتوم Terhatum) ، ويتمثل فى الهبة التى تقدم من الخاطب إلى والد المخطوبة . وكانت هذه الهبة ضئيلة القيمة عادة . وتشير وثائق الحياة اليومية فى ميزوبوتاميا إلى أن هذه الهبة يمكن أن يقدمها أيضاً أقارب العريس ، كما يمكن أن تقدم إلى العروس أو أقربائها من غير الأب مثل الأم ، والأخ ، والأخت (٢) .

٢ — تحرير العقد Riksâtum : فتدوين المحرر يكون عنصراً أساسيا للزواج . فهو ليس مجرد أداة اثبات للزواج ، بل ضرورى لصحته . واستخدامه مشهود به فى تقنين بلالاما . كما أن تقنين حمورابى يشير إلى تحرير العقد المبرم ما بين الخاطب ووالد البنت المخطوبة بحضور الشهود الذين يضعون عليه اختامهم . وهو يبين أن المرأة تؤخذ كزوجة ، ويحدد الهبات التى تصحب الزواج ، وينص على عقوبات فى حالة الخيانة الزوجية ، ويشير إلى الأحوال التى يكون فيها الطلاق ممكناً بالنسبة لكل من الزوجين ، وأخيراً فانه يذكر اليمين أمام الملك والآلهة وبمقتضاه يتعهد الطرفان باحترام هذه الشروط .

ويمثل تحرير العقد وتقديم الترخاتو الذى يصحبه المرحلة الأولى المنشئة للزواج ، ويتم الزواج بتسليم الفتاة traditio pupellae إلى الزوج . ومنذ هذه المرحلة الأولى يحمل الزوج لقب «سيد المرأة» ، ويلقب والد الزوجة «حمى الزوج» (٣) .

(١) أنظر : Boyer (G.) : Sur quelques emploi de las fiction dans l'ancien dorit oriental, RIDA, 1945, 73 — 100.

(٢) أنظر : Westermarck (Ed.) : Histoire du marriage, trad. Van Gennep, 4 (1938), 89—175.

(٣) أنظر المادتان ١ و ٢٢ من تقنين اشنونا ، والمواد ١٥٩ — ١٦١ من تقنين حمورابى.

ونستبين من ذلك أن الخطبة فى التقنين الاكدى أو الحمورابى تختلف جوهرياً عن الخطبة فى القانون الرومانى والقانون الكنسى . فوفقا لهذين القانونين الأخيرين فان الخطبة مجرد اتفاق أولى بين الخطيبين أو بين من لهم السلطة عليهما، وآثاره محدودة للغاية ، فلا يخول على وجه الخصوص أى حق فى اقتضاء ابرام الزواج . أما الخطبة فى القانون الاكدى أو البابلى فتتم بمقتضى اتفاق مكتوب بين الخطيب ووالدى الخطيبة مصحوباً بتقديم مبلغ الترخاتو ، فهى تمثل فى الحقيقة المرحلة الأولى لابرام الزواج .

٣ — الفعل «أخذو ahazu» ، حيث يعبر بمقتضاه عن أن الرجل يأخذ المرأة كزوجة له . فالزواج لا يتم الا إذا سلمت العروس إلى عريسها . ومن ثم فانه إذا لم يتبع ابرام العقد تسليم البنت فوراً ، فانه ينبغى حينئذ التميز ما بين الزواج المبرم والزواج التام .

هذه هى المصطلحات الثلاثة (١) المتعلقة بالزواج والتى صادفناها فى تقنين اشنونا وتقنين حمورابى . صحيح أنه توجد بعض أوجه الاختلاف فى التفاصيل بين المجموعتين . ففى بابل ، ينبغى على الرجل أن يجرى العقد Riksâtum ويقدم المحرر للمخطوبة حتى تصبح زوجته . فالمادة ١٢٨ من تقنين حمورابى تنص على أنه : «إذا كان رجل قد اتخذ (إمرأة) زوجة ولكن لم يحرر معها عقداً فان هذه المرأة ليست زوجة (٢) . بينما فى إشنونا ، يجرى الرجل العقد مع والد المخطوبة أو والدتها. وهذا هو ما تضمنته المادتان ٢٧ و ٢٨ من تقنين بلالاما ، اللتان سبق ذكرهما . فضلا عن انه ينبغى على العريس أن يقدم «الكيروم qirrum » ، ومعنى هذا الاصطلاح على ما يبدو هو «وجبة الزواج» .

وفى بابل ، وكذلك فى أشنونا يستطيع والد المخطوبة ان يفسخ الخطبة

(١) أنظر : San Nicolo (M.) : Due atti matrimoniali neobabilonesi, I. Constitutione di dote. 2. Contratto di Matrimonio, Aegyptus 27, 1947/1948, 118.

(٢) راجع : بريتشارد ، نصوص الشرق القديم ، المرجع السابق الذكر .

قبل أن تبدأ الحياة المشتركة . ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يرد إلى الخاطب ضعف الترخاتو الذى تلقاه منه . فالمادة ٢٥ من تقنين بلالاما تقرر : «إذا جاء رجل لبيت حميه وقبله حموه فى خدمته ، ثم أعطى ابنته لرجل آخر فان أب الفتاة يرد الصداق الذى تسلمه مضاعفاً » . وجاء نفس المعنى فى المادة ١٦٠ من تقنين حمورابى ، إذ تنص على أنه «إذا أحضر رجل إلى بيت حميه هدية واعطى صداقاً ، ثم قال والد الفتاة له « سوف لا أزوجك ابنتى » فعليه أن يرد ضعف ما أحضر إليه» (١).

كما اعترف حمورابى للخاطب بنفس هذا الحق فى فسخ الخطبة بمحض ارادته ، ولكنه يتعرض لفقدان الترخاتو الذى قدمه إلى والد المخطوبة . وهذا هو ما تقرره المادة ١٥٩ من تقنين حمورابى حيث جاء فيها «إذا جاء خطيب بهدية إلى بيت حميه واعطى صداقاً ثم أحب امرأة أخرى وقال لحميه «لن آخذ ابنتك زوجة» فسوف يحتفظ والد الفتاة بكل ما جيء له به» .

وعلى عكس ما تقدم من مواد ، فان المادة ١٦١ من تقنين حمورابى قد استوحت حكمها من المادة ٢٩ من تقنين لبت عشتار السومرى . فهذه المادة الأخيرة تنص على أنه «إذا دخل خطيب الابنة مسكن حميه وقام بمراسم الخطبة ثم طرده بعد ذلك واعطى زوجته لرفيقه فسوف ترد جميع هدايا الخطوبة له ولا تتزوج الفتاة من رفيقه (٢) » . وتعالج نفس هذه الحالة المادة ١٦١ من تقنين حمورابى حيث تنص : «إذا أحضر خطيب إلى بيت حميه هدية واعطى صداقاً ، وقذف صديقه فى حقه ثم قال والد الفتاة له «سوف لا أزوجك ابنتى» فانه يرد مضاعفاً ماجيء له به ، ولن يتزوج صديقه من الزوجة المزمعة » .

واضح من هاتين المادتين ان كلا التقنينين يتصديان للحالة التى يقوم

---

(١) أنظر : Theophile J. Meek : Ancient Near Eastern Texts, Relating to the old testament, princeton university press, 2nd ed., 1955.

(٢) أنظر : بريتشارد ، المرجع السالف الذكر .

فيها الأب ، بعد أن يعد بابنته إلى الخاطب ويتلقى منه الهدايا ، بالتنصل من هذا الوعد فى وقت لاحق بغرض تزويجها لاحد رفقاء هذا الخاطب . ويلاحظ انه بينما لا يذكر تقنين لبت عشتار سبباً محدداً دفع والد المخطوبة إلى فسخ الخطبة ، فان تقنين حمورابى يذكر ذلك باشارته إلى افتراء الرفيق على رفيقه . ويلزم المشرعان الأب بأن يرد إلى الخاطب الأول هداياه ، بل انه يلتزم فى بابل برد الضعف . كما انهما لا يجيزان للبنت بأن تتزوج من الرفيق الغادر .

ولم يتضمن تقنين اشنونا الاكدى اية اشارة إلى « النودونو nudunnum » بعكس تقنين حمورابى مما يقطع بأن أصل نشأته يرجع إلى القانون السومرى(١). ونقصد «بالنودونو» الهبة التى يقوم الزوج باجرائها لصالح زوجته وأولاده عن طريق محرر مكتوب إما فى بداية الزواج أو أثنائه . وهى هبة يقصد منها تأمين وسائل العيش لها ولأولادها فى حالة وفاته قبلها . وتحقيقاً للغرض الذى ترمى اليه هذه الهبة ، فان الزوجة لا تضع يدها على الأموال التى ايتضمنها «النودونو» الا عند وفاة زوجها . ويكون لها عليها حينئذ حق نتفاع فقط ، فلا تستطيع التصرف فيها ، بل يتعين عليها أن تحافظ على هذه الأموال لمصلحة الأولاد الذين لهم عليها ملكية الرقبة .

وتقرر المادة ١٦٦ من تقنين حمورابى انه عند تقسيم تركة الأب ، يتعين أن يحجز للابن الذى لم يتزوج بعد ، مبلغ النقود الضرورى لتقديمه على سبيل الترخاتو عند زواجه . وهاهو منطوق هذه المادة : «إذا كان رجل اختار زوجات من أجل ابنائه الذين انجبهم ، ولم يكن قد اختار زوجة لأصغر ابنائه ، فإن إخوته حين يقسمون تركته بعد موته يعطون لأصغر الأبناء حصة اضافية تعادل الترخاتو من مال التركة الأبوية وهكذا يمكنونه من الحصول على زوجة » . وتتضمن هذا الحكم أيضاً (٢) المادة ٣٢ من

---

(١) أنظر : A. Praag : Droit matrimonial assyro-babylonien, Amsterdam 1945, P. 217.

Klima (J.) : La position successoral de la fille dans la Babylonie Ancienne, Ar. Or. 18, 3, P. 150.

تقنين لبت عشتار بخصوص الابن الأكبر . فهى تقرر « إذا إحتجز أب خلال حياته ترخاتو لابنه الأكبر .. وتزوج الابن خلال حياة أبيه فان الورثة عند موت الأب .. » . وهذه المادة مبتورة .

وهناك تشابه واضح ما بين تقنين اشنونا وتقنين حمورابى بالنسبة لزواج أمرأة متزوجة مرة أخرى بعد غياب زوجها فترة طويلة . ويفرق كلا المشرعين بين ما إذا كان هذا الغياب يرجع إلى وقوعه فى الأسر أو هربه . ففيما يتعلق بالزوج الأسير ، ينبغى على زوجته أن تعود اليه إذا رجع من الأسر . وعلى العكس من ذلك فان زوجة الهارب لا تعود اليه أذا رجع وتظل فى ذمة زوجها الجديد . وهذا هو المعنى الذى تضمنته المادتان ٢٩ و ٣٠ من تقنين اشنونا . فالمادة ٢٩ تنص «ان سجن انسان خلال غارة أو غزو وحمل عنوة ونقل إلى بلد أجنبى وظل به طويلا ثم أخذ رجل إمرأته ورزقت بابن فانه حين يعود يسترجع زوجته» .

وتقرر المادة ٣٠ : «ان كره رجل مدينته أو مولده وأصبح طريداً وأخذ آخر زوجته فانه حين يعود لا يصبح له حق الدعوى على زوجته» .

ويعالج تقنين حمورابى الحالتين معاً فى المواد ١٣٤ — ١٣٦ . فتقرر المادة ١٣٤ : «إذا أسر رجل ولم يكن هناك فى بيته ما يحفظ عليهم الحياة فلزوجته أن تدخل بيت رجل آخر ، ولن توقع عليها عقوبة» . وتنص المادة ١٣٥ : « إذا لم يكن فى بيت الأسير ما يكفى للانفاق على امرته ثم دخلت زوجته بيت رجل آخر ومن ثم أنجبت ابناءاً وأخيراً عاد زوجها ووصل إلى مدينته فستعود هذه المرأة إلى زوجها الأول . سوف يبقى الابناء مع أبيهم » . وجاء فى المادة ١٣٦ : « إذا هجر رجل مدينته وهرب وبعد رحيله دخلت زوجته بيت رجل آخر ، إذا عاد ذلك الرجل ورغب فى استعادة زوجته فلا تعود زوجة الهارب إلى زوجها لأنه كره مدينته وهرب» .

ولقد اتخذ حمورابى موقفاً متشدداً بعدم سماحه لزوجة الأسير أن تتزوج

مرة ثانية الا إذا لم يكن لديها فى منزل زوجها الأسير وسائل العيش . وهذا هو ما توضحه كذلك المادتان ١٣٣/أ و ١٣٣/ب من تقنينه . فتنص المادة ١٣٣/أ: «إذا أسر رجل وكان فى بيته ما يكفى أسرته فان زوجته لا تهجر بيتها بل تحترس فلا تدخل بيت رجل آخر». وتقرر المادة ١٣٣/ ب: «إذا لم تكن المرأة قد حفظت نفسها عفة وانما دخلت بيت رجل آخر فسوف يدينون تلك المرأة ثم يلقى بها فى النهر (١)» .

كما أن حمورابى قرر صراحة فى المادة ١٣٥ السالفة الذكر ان الأولاد من الفراش الثانى سوف يبقون مع أبيهم ، بعد عودة الزوج الأسير .

ومن المؤسف حقاً انه ليس فى استطاعتنا تكملة المقارنة بخصوص قانون الزواج إذ أن تقنين لبت عشتار لم يحتفظ الا جزئيا ببعض قواعده. وعلى كل حال فان الطلاق منظم فى التقنينات المزوبوتامية الثلاثة (٢): تقنين لبت عشتار وتقنين اشنونا وتقنين حمورابى . فهذه التقنينات متفقة على أنه يجوز للزوج أن يطلق زوجته بمحض مشيئته ويتزوج من أخرى . وهى تحاول فى نفس الوقت أن تخفف من النتائج الضارة بالنسبة للزوجة التى تطلق . وهنا يحدث الاختلاف الجوهرى بين التقنينات المشار اليها .

فالمادة ٢٨ من تقنين لبت عشتار تلزم الزوج ان يقدم للزوجة المطلقة المأكل والملبس إذا ارادت الاستمرار فى أن تعيش فى منزل الزوج . فهى تنص : «إذا أدار رجل وجهه عن زوجته الأولى ولكنها لم تغادر البيت فان الزوجة الجديدة التى يؤثرها تصبح زوجته الثانية ويظل مع ذلك يرعى زوجته الأولى» .

أما المادة ١٤٨ من تقنين حمورابى فلا تعترف بهذا الحق الا بالنسبة

---

(١) بريتشارد ، المرجع السابق الذكر

(٢) أنظر : Szlechter : La répudiation de l' épouse légitime d'aprés les lois d' Eshnunna, Jura 5, 1945, 191 — 198; Volterra (Ed.) : Osservazioni sul divorzio nei documentiaramaici, St. in onore di Levi delle Vida, II (1956), 586 — 600.

للزوجة التي طلقت بسبب مرض غير قابل للشفاء . فلقد جاء فيها : «إذا تزوج رجل وأصابت الحمى زوجته وعول على الزواج من أخرى فله أن يتزوج دون أن يطلق زوجته التي أصابتها الحمى ، سوف تعيش في البيت الذى بناه ويستمر في اعالتها طيلة حياتها» .

وأخيراً فان المادة ٥٩ من تقنين اشنونا تقرر أن الزوج الذى يطلق زوجته التي انجبت له أولاداً ، يفقد ثروته لصالح أسرته من الفراش الأول . فهى تنص : «إذا طلق رجل زوجته بعد أن ترزق منه بأطفال ثم اتخذ زوجة أخرى فانه يطرد من بيته ومن كل ما يملك وله أن يسعى وراء المرأة التي أحبها» .

ووفقاً لتقنين حمورابى ، يستطيع الزوج تطليق زوجته بمحض رغبته . وإذا كان لا يقع على الزوجة المطلقة أى لوم ، فانه ينبغى على الزوج أن يقدم لها الدوطة (الترخاتو) ، أو مبلغ من النقود بدلا من ذلك على سبيل التعويض . وإذا كان هناك أولاد ، فانه يتعين على الزوج أن يقدم جزءاً من أمواله إلى زوجته المطلقة وأولادها .

ولقد اشارت إلى هذه الحالة ، أى تطليق الزوج لزوجته بمحض ارادته بدون أى سبب من قبل الزوجة يدفعه إلى ذلك ، المواد ١٣٧ — ١٤٠ من تقنين حمورابى . فالمادة ١٣٧ تعالج وضع المرأة المطلقة والتي انجبت أولاداً ، فهى تنص : «إذا عول رجل على تطليق «شوجيتوم» قد أنجبت له أطفالا أو «ناديتوم» امدته بأبناء ، ترد إلى هذه المرأة بائنتها كما تعطى نصف الحقول والبستان والامتعة حتى تربى أولادها ، وبعد أن تكون قد أتمت تنشئة أولادها ، تعطى نصيباً مماثلا لوارث واحد مما يوزع على أولادها حتى يستطيع الزوج أن يتزوج من يختارها قلبه » .

أما المادة ١٣٨ فهى تشير إلى المرأة التي لم تنجب أولاداً بقولها «إذا أراد رجل أن يطلق زوجته الأولى التي لم تنجب له أبناء فعليه أن يسلمها بالكامل صداقها ويرد اليها بائنتها التي جاءت بها من بيت أبيها ، ثم يطلقها» .

وتقرر المادة ١٣٩ أنه «إذا لم يكن هناك صداق فانه يعطيها «مينا» واحدة من الفضة لإتمام الطلاق» . أما المادة ١٤٠ فتنص «إذا كان عامياً يعطيها ثلث مينا من الفضة» (١) .

أما حالة تطليق الزوج لزوجته بسبب إهمالها لواجباتها ، فتعالجها المادة ١٤١ من تقنين حمورابى ، ونصها «إذا عولت زوجة رجل تعيش فى بيته على أن تترك البيت لتعمل وبذا تهمل بيتها وتصغر شأن زوجها فسوف يدينونها وإن عول زوجها بسبب ذلك على تطليقها فله أن يطلقها دون إعطائها شيء لاتمام الطلاق عند رحيلها . وأما إذا لم يكن زوجها قد عول على تطليقها فله أن يتزوج إمرأة أخرى ، وسوف تبقى تلك الزوجة كأمة فى بيت زوجها » .

ومن ناحية أخرى ، تستطيع الزوجة التى لا غبار عليها وأسيئت معاملتها أن تطلب الطلاق وفقاً لشروط محدودة للغاية ، وهذا هو ما تقرره المادة ١٤٢ من تقنين حمورابى ، ونصها : «إذا كرهت إمرأة زوجها وقالت «أنت لن تنالنى» فيتحرى عن حالتها أمام مجلس المدينة فاذا كانت قد حفظت نفسها عفة ولم يكن منها ما يعيبها بينما زوجها معتاد التجول فى الخارج ويتحدث عنها بسوء فان هذه المرأة يمكن تسريحها دون أن توقع عليها عقوبة إلى بيت أبيها على أن تأخذ معها بائنتها» . ويبدو أن هذا الحكم يمثل تجديداً من قبل المشرع البابلى ، لأنه لا يوجد حكم مماثل له فى التقنينات السابقة على حمورابى .

وتتناول المادة ٢٦ من تقنين اشنونا والمادة ١٣٠ من تقنين حمورابى جريمة الاعتداء على عرض خطيبة الغير ، وتقرران عقوبة الموت بالنسبة لها . فلقد جاء فى المادة ١٦ من تقنين اشنونا : «إذا أعطى رجل صداقاً لابنة رجل آخر ثم اغتصبها رجل ثالث دون استئذان أبيها أو أمها وافتض بكارتها فان هذه جريمة كبرى وعقوبتها الموت» . أما المادة ١٣٠ من تقنين

---

(١) بريتشارد ، المرجع السالف الذكر .

حمورابى فتقرر : «إذا اتصل رجل بخطيبة آخر ولم يكن قد واقعها رجل من قبل وكانت تقيم فى بيت أبيها ، ثم رقد على صدرها وضبطوه فانه يقتل، أما المرأة فتذهب طليقة » . فيتضح من هذين النصين أن من يعتدى على عرض الفتاة المخطوبة يتعرض لعقوبة الموت ، بينما لا توقع هذه العقوبة فى حالة البنت الغير مخطوبة .

ويعاقب زنا المرأة بالموت ، بينما لا يشار البتة إلى زنا الرجل . فالمادة ٢٨ من تقنين اشنونا تشير اشارة سريعة إلى زنا المرأة فقط بعد أن بينت شروط تكوين الزواج . فهى تنص: «ومن ناحية أخرى فان عمل عقد زواج مع أبيها أو أمها وعايشها فانها تصبح زوجة بيت وان وجدت مع رجل آخر تقتل .. إنها لا تخرج حية» .

أما فيما يتعلق بتقنين حمورابى فانه يشير إلى أن مصير المرأة الزانية يشاركها فيه شريكها ، ويجوز للزوج المضلل أن يعفو عن كلا الشريكين . وهذا هو ما جاءت به المادة ١٢٩ منه ، فتنص : «إذا ضبطت زوجة تضاجع رجلا آخر ، فسيوثقونهما ويلقون بهما فى النهر ، فاذا أراد الزوج أن يترك زوجته تعيش فسيترك الملك خادمه يعيش» ؛ ويتفق تقنين حمورابى فى هذا المجال مع مجموعة القوانين الآشورية التى تجيز للزوج الذى يضبط زوجته متلبسة بجريمة الزنا ، ان يقتلها وكذلك الزانى ، أو يقطع انفها ويخصى شريكها أو يشوه وجههما ، بيد أنه إذا عفا عن زوجته يتعين عليه أن يطلق سراح شريكها . وهذا هو ما تقرره المادتان ١٣ و ١٥ من المجموعة المذكورة (١) . فالمادة ١٣ تنص : «إذا تركت زوجة رجل بيتها وترددت على بيت رجل آخر حيث يقيم ، ان هو اضطجع معها مع علمه بأنها زوجة رجل فانهما يقتلان معاً» . وجاء فى المادة ١٥ «إذا ضبط رجل آخر مع زوجته فحين ترفع الدعوى ضده واثبات الاتهام ضده يعدم الاثنان دون أن تلحق به أية مسئولية ، وإذا حدث عند القبض عليه أن جىء به فى

---

(١) أنظر : G.R. Driver and John C. Miles : The Assyrian Laws, Edicted with Translation and Commentary, 1935,

وراجع أيضا : بريتشارد ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٨٠ .

حضرة الملك أو أمام القضاة فانه حين رفع الدعوى واثبات الاتهام ضده إذا قتل الزوج زوجته فعليه أن يقتل كذلك الرجل ولكن إن قطع انف زوجته فانه يخصى الرجل ثم يشوهون وجهه كله ، ومع ذلك فاذا عفا عن زوجته يطلق سراح الرجل» .

وهذه القاعدة التى تقضى بقتل الزانى مع الزانية ، أو العفو عنهما معاً ، هى قاعدة عامة فى شرائع قديمة أخرى مثل التقنين الحيثى (م ١٩٧ وم١٩٨)(٢)، وكتاب المقابلات بين التشريعين الموسوى والرومانى (٤، ٢، ٦) : Collatio Legum mosaicorum et Romanarum . ويلاحظ مع ذلك اننا لا نعرف حتى الآن كيف عاقب السومريون الزنا .

(ثانياً) فى مجال قانون الأموال :

لا يقتصر تأثير تقنين اشنونا على تقنين حمورابى فى مجال قانون الزواج وحده بل تعداه إلى قانون الأموال (٣) . فمن ناحية ، يبدو أن واضع تقنين أشنونا كان مهتما بتحديد الأسعار . إذ يحدد فى المادة الأولى الثمن نقداً لمجموعة كبيرة من السلع الضرورية ، فهى تنص: ((«كو» من الشعير يقدر بشاقل من الفضة و ٣ «قا» من الزيت الفاخر تقدر بشاقل من الفضة و«سيح» و ٢« قا» من زيت السمسم تقدر بشاقل من الفضة و «سيح» و٥ «قا» من الشحم تقدر بشاقل من الفضة و ٤ «سيح» من «زيت النهر» تقدر بشاقل من الفضة و ٦ مينا من الصوف تقدر بشاقل من الفضة و ٢ «كور» من ... تقدر بشاقل من الفضة و «كور» .. يقدر بشاقل من الفضة و٣ مينا من النحاس تقدر بشاقل من الفضة و٢ مينا من النحاس المنقى تقدر بشاقل من الفضة)) .

وعلى العكس ، تحدد المادة الثانية الثمن فى صورة قمح وغلال بالنسبة

(٢) أنظر : بريتشارد ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٨٨ .

(١) أنظر : Boyer (G.) : Nature et formation de la vente dans l'ancien droit babylonien, AHDO-RIDA, 2 (1953), p. 55 — 85.

لثلاث من هذه السلع . فلقد جاء فيها : « «قا» زيت سمسم قيمته من الشعير ٣ «سيح» و«قا» الشحم قيمته من الشعير «سيح» ، ٥ «قا» . و «قا» من زيت النهر قيمته من الشعير ٨ «قا» » .

ولقد أوردنا هذين المثالين لتبيان أن الثمن كان يحدد تارة نقداً وتارة فى صورة قمح وغلال (١) . وفى المواد التسعة التالية (م ٣ — ١١) ، يحدد الايجار والأجرة تارة فى صورة قمح ونقود على سبيل التبادل ، وتارة أخرى فى صورة قمح فقط أو نقود فقط . ويمكن تفسير هذا التنوع بافتراض أن تقنين اشنونا وضع فى عصر كان الاقتصاد فى هذا البلد يتحول فيه من الاقتصاد الطبيعى إلى الاقتصاد النقدى . ونلاحظ فى وقت متأخر اهتمام التقنين الحيثى اهتماماً كبيراً بتحديد الأسعار (المواد ١٧٦ — ١٨٦) . ومن المعلوم أن اقتصاد الدولة الحيثية كان أقل تطوراً من الاقتصاد الميزوبوتامى المعاصر . ولم يتضمن تقنين حمورابى أية تعريفة لأثمان الحاصلات المختلفة والأشياء ذات الاستعمال العام ، وذلك وفقاً لمقتضيات اقتصاد بابل المتطور للغاية . ولكنه يحدد الكثير من الأجور والايجارات ، وذلك فى صورة قمح أو نقود ، ولم يحددها أبداً فى شكل قمح ونقود معاً . وهناك تطابق من حيث المضمون بين بعض من هذه الأحكام والأحكام التى تضمنها تقنين اشنونا ، بينما تمثل أغلبيتها تجديدات حمورابية . ونشير إلى أمثلة لهذه لتجديدات . فالمادة ٢١٥ تنص : «إذا باشر طبيب عملية كبرى لرجل حر بسلاح برونزى وانقذ حياته ، اوفتح خراجاً بعين رجل حر بسلاح برونزى وانقذ عينه ، فسوف يأخذ عشر شواقل من الفضة » . وتقرر المادة ٢١٦ : «إذا كان من العامة ، فسوف يأخذ خمسة شواقل من الفضة» . أما المادة ٢١٧ فتعالج الحالة المتعلقة بالعبد ، فتنص «إذا كان عبداً ، فسوف يعطى صاحب العبد شاقلين من الفضة للطبيب» . وهناك مواد أخرى تحدد بدورها أجور الأطباء مثل المادة ٢٢١ التى تقرر «إذا أصلح طبيب العظمة المكسورة لرجل أو ابرأ تمزقاً عضلياً ، فسوف يعطى المريض خمسة شواقل من الفضة للطبيب » . والمادة ٢٢٢ التى تنص «إذا كان من العامة فسوف

يعطى ثلاثة شواقل من الفضة» . وتضيف المادة ٢٢٣ : «إذا كان عبداً ، فسوف يعطى صاحبه شاقلين من الفضة للطبيب» . ويحدد التقنين أيضاً أجور الأطباء البيطريين مثل المادة ٢٢٤ التى تنص : «إذا قام طبيب بيطرى بعملية كبرى لثور أو حمار وأنقذ حياته ، فسوف يعطى صاحب الثور أو الحمار سدس شاقل من الفضة للجراح كأجر له ». كما تحدد المادة ٢٣٤ أجر من قام ببناء سفينة فتقرر «إذا صنع مركبا سعتها ٦٠ كور (١) من أجل رجل ، فسوف يعطيه شاقلين من الفضة كأجر له» .

وإذا كانت هذه أمثلة لتجديدات حمورابية ، فان هناك تطابق فى مضمون بعض المواد التى جاءت فى تقنين اشنونا وتقنين حمورابى . فالمادة الثالثة من تقنين اشنونا تحدد الايجار اليومى لعربة مع ثيرانها وسائقها ، فهى تنص : «ايجار العربة مع ثيرانها وسائقها «ماسكيتوم» واحد و ٤ «سيح» من الشعير . وان دفعت فضة فالايجار $\frac{1}{3}$ شاقل ، وهو يسوقها اليوم كله» . وكما هو واضح فان الايجار محدد فى صورة شعير أو نقود .

أما تقنين حمورابىفانه يحدد قيمة الايجار بخمسةأضعاف ما يحدده تقنين اشنونا ، فضلا عن أنه يحدد قيمة ايجار العربة على انفراد . فلقد جاء فى المادة ٢٧١ منه : «إذا استأجر رجل ثيراناً وعربة وسائقها ، فسوف يدفع ١٨٠ «قو» يومياً » . وأضافت المادة ٢٧٢ : «غير انه إذا كان الرجل قد استأجر عربة وحدها ، فسوف يدفع ٤٠ «قو» من القمح يومياً» .

ويحدد كلا التقنينين قيمة واحدة لايجار الحمار المستخدم فى اشنونا وبابل للدراس ، وهو فى صورة قمح . ويضيف حمورابى إلى ذلك تحديداً لايجار ثور ، إذ تنص المادة ٢٦٨ من تقنينه : «إذا استأجر رجل ثوراً للدراس ، فأجره ٢٠ «قو» من القمح» . كما يحدد ايجار كبش فى المادة ٢٧٠ التى تنص «إذا استأجر رجل كبشاً للدراس ، فأجره واحد «قو» من القمح » ويبين مشرع بابل فى نفس الوقت ان الأمر يتعلق بدرس الغلال.

(١) الكور Kur مكيال يعادل ما يزيد قليلا عن ٧ بوشل مقسم على ٣٠٠ قو qu .

وحدد تقنين إشنونا أجرة الأجير الحر نقداً وشهرياً ، إذ تنص المادة ١١ «أجر الأجير «شاقل» من الفضة وأجر ملتزمه «قمحة» من الفضة وهو يعمل لمدة شهر» . بينما يحدد تقنين حمورابي هذه الأجرة سنوياً ، ولقد جاء ذلك في مادته ٢٧٣ التي تنص «إذا كان رجل قد استأجر أجيراً فسوف يعطيه ٦ «شي» من الفضة يومياً من بداية السنة حتى الشهر الخامس ، وأما من الشهر السادس حتى نهاية العام فسوف يدفع ٥ «شي» من الفضة يومياً» . ويلاحظ هنا أن الأجرة خفضت بالنسبة للنصف الثاني من السنة .

وحدد الايجار اليومي للمركب والمراكبي في اشنونا في صورة قمح . إذ تنص المادة الرابعة بما يلي : «ايجار المركب ٢ «قا» لل«كور» ...و ٤ «قا» ايجار المراكبي ويقودها اليوم كله (١) » . أما في بابل فان الايجار اليومي محدد نقداً وفي صورة تدرجية وفقاً لحجم المركب . وهذا هو ما نتبينه من دراسة المواد ٢٧٥ — ٢٧٧ من تقنين حمورابي . فالمادة ٢٧٥ تنص «إذا استأجر رجل مركبا طويلا لنقل البضائع ، فايجاره ٣ «شي» من الفضة يومياً» . أما المادة ٢٧٦ فلقد جاء فيها «إذا استأجر رجل قارب تجديف ، فسوف يدفع ٢½ «شي» من الفضة يومياً» . وتقضي المادة ٢٧٧ بأنه : «إذا استأجر رجل مركبا حمولة ٦٠ كور ، فسوف يدفع سدس شاقل من الفضة يومياً أجرة له » . بينما حدد التقنين المذكور الايجار السنوي للمراكبي في صورة قمح ، إذ تنص المادة ٢٣٩ : «إذا استأجر مراكبياً ، فسوف يعطيه ٦ «كور» من الحبوب سنوياً» .

واهتم مشرعا اشنونا وبابل بتحديد مسئولية المراكبي الذي تسبب باهماله في اغراق مركب مؤجرة . ففي تقنين اشنونا ، تنص المادة الخامسة على أنه : «إذا أهمل المراكبي وتسبب في غرق المركب يدفع تعويضاً كاملا عن كل ما تسبب من غرق » . وجاء نفس الحكم في المواد ٢٣٦ —

---

(١) بريتشارد ، المرجع السالف الذكر .

٢٣٨ من تقنين حمورابى . فالمادة ٢٣٦ تنص : «إذا أجر رجل مركبا لمراكبى وأهمل المراكبى وترك المركب تغرق أو فقدها ، فسوف يعوضها بمركب أخرى لصاحب المركب ». وجاء فى المادة ٢٣٧ : « إذا استأجر رجل مراكبيا ومركبا وحملها بالحبوب أوالصوف أوالزيت أو الملح أو أى نوع من الحمولة، ثم أهمل المراكبى بحيث غرقت المركب وضاعت حمولتها ، فسوف يعوض المراكبى المركب التى تركها تغرق وأيا من حمولتها التى فقدها ». وتنص المادة ٢٣٨ : «إذا أغرق مراكبى مركب رجل ثم أعاد تعويمها ، فسوف يعطى نصف قيمتها فضة (١)» .

ويتضح من هذه المواد أن مشرعا إشنونا وبابل يلزمان المراكبى المهمل برد مركب أخرى للتعويض عن السفينة التى تركها تغرق ، كما يعوض كل ما فقد من حمولتها . ومما يدعو إلى التأمل أن تقنين اشنونا وتقنين حمورابى يستخدمان نفس التعبير . ولكن يلاحظ من جهة أخرى ، ان تقنين حمورابى يفرق ، مابين تأجير مركب بواسطة مراكبى (المادة ٢٣٦)وتأجير مركب ومراكبى (المادة ٢٣٧) ، ثم انه يأخذ فى عين الاعتبار الحالة التى ينجح فيها المراكبى فى تعويم السفينة الجانحة حيث يدفع المراكبى نصف ثمن السفينة فقط (المادة ٢٣٨) .

ويتضح من دراسة تقنين حمورابى ان المشرع البابلى حاول أن يوائم بين ما وضعه من قوانين تنظم الأجرة والايجار وما تتطلبه مقتضيات الحياة الاقتصادية المتقدمة للغاية فى بلاده (٢) . ولذلك فان تقنينه لم يتضمن أية اشارة إلى حالة سوء استخدام سفينة الغير ، وذلك بعكس تقنين اشنونا (المادة السادسة) ، كما أنه لم يشر إلى أجر مذريات الحبوب (المادة الثامنة من تقنين اشنونا). كما انه حذف أيضاً تعريفة الأشياء التى تضمنتها المادة الأولى والمادة الثانية من تقنين إشنونا . فلقد جاء فى المادة الأولى: («كور»

---

(١) بريتشارد ، المرجع السالف الذكر .

من الشعير يقدر بشاقل من الفضة ، و٣ «قا» من الزيت الفاخر تقدر بشاقل من الفضة و«سيح» و٢ «قا» من زيت السمسم تقدر بشاقل من الفضة و«سيح» و٥ «قا» من الشحم تقدر بشاقل من الفضة و ٤ «سيح» من «زيت النهر» تقدر بشاقل من الفضة و٦ مينا من الصوف تقدر بشاقل من الفضة و٢ «كور» من .. تقدر بشاقل من الفضة و«كور» .. يقدر بشاقل من الفضة و٣ مينا من النحاس تقدر بشاقل من الفضة و ٢ مينا من النحاس المنقى تقدر بشاقل من الفضة) . أما المادة الثانية فتنص :(«قا» زيت سمسم قيمته من الشعير ٣ «سيح»و«قا»الشحم قيمته من الشعير «سيح»و٥«قا» . و «قا»من زيت النهر قيمته من الشعير ٨ «قا») .

ويلاحظ أيضاً ان الأشياء التي حددت لها أسعار رسمية توجد فى تقنين اشنونا فى بداية التقنين لابراز أهميتها ، بينما نجد حمورابى ، وهو واضع فى اعتباره الوضع الاقتصادى المتقدم لبلاده ، لم يشر اليها الا فى الجزء الأخير من نهاية تقنينه .

ولقد كانت الحياة الاقتصادية فى العالم القديم قائمة فى شطرها الأكبر على استغلال عمل الارقاء(١) . ذلك ان مصادر الطاقة فى ذلك الوقت كانت طبيعية فى الأساس وتتمثل فى قوة الريح ، والنار ، وقدرة الحيوانات على الحمل والجر ، والقوة المائية . بيد أن هذه القوى الطبيعية كان ما يزال من الصعب الانتفاع بها واستخدامها ، وكانت القوة الأكثر شيوعاً هى القوة الجسمانية للرقيق . ويمكن القول بأن الارقاء يقومون فى العالم القديم بنفس الدور الذى تقوم به الآلة فى العصر الحاضر .

ومن ثم حاول المشرعون القدامى الحفاظ على سلطة السيد على ارقائه وتقويتها . ووفرت حماية قوية للسيد ضد هرب العبد . إذ حددت مكافآت لكل من يعيد هذا العبد إلى سيده . فلقد حدد الملك أورنمو مكافأة قدرها

---

(١) أنظر : Mendelsohn (J.) : Slavery in the ancient Near East, New York, 1949.

شاقلين من الفضة (المادة ١٥ من تقنين اورنمو) (١) . وقرر حمورابي نفس المكافأة في حالة واحدة فقط وهي الامساك بالعبد الهارب في الريف، أي خارج المدينة . وهذا هو ما جاء في المادة ١٧ من تقنين حمورابي التي تقرر : «إذا أمسك رجل بعبد أو أمة هارب في الخلاء وساقه إلى مالكه ، فمالك العبد سوف يدفع له شاقلين من الفضة (٢)» . ويلاحظ انه بعد ذلك ببضعة قرون ، تدرج الحيثيون في تحديد المكافأة القانونية بحسب بعد المكان الذي أمسك فيه بالعبد الهارب (المواد ٢٢ — ٢٤ من التقنين الحيثي) .

ومن ناحية أخرى ،فان العقوبات التي توقع على العبدالهارب وشريكه في الجرم ، بغرض الحيلولة دون هرب العبيد ، لم تكن واحدة في التقنينات الميزوبوتامية . فتقنين اشنونا كان يحرم فقط أن يخرج العبد من البوابة الكبيرة لمدينة اشنونا ، دون أن يقرر توقيع عقوبة على المخالف . وهذا هو ما تنص عليه المادة ٥١ على النحو التالي : «العبد أو الجارية في اشنونا الذي عليه علامة «كانوم» «ماشكاتوم» أو «اباتوم» لا يغادر بوابة اشنونا بدون إذن صاحبه » . وعلى العكس فان حمورابي أمر بتوقيع عقوبة الموت على كل من ساعد أحد عبيد القصر أو عبد مملوك لموشكينوم على الهرب ، وذلك بتسهيل عملية خروجه من بوابة المدينة . فلقد جاء في المادة ١٥ من تقنين حمورابي : «إذا عاون رجل عبداً أو أمة مملوكاً للقصر ، أو عبد أو أمة موشكينوم على الهرب من البوابة الكبيرة للمدينة فسوف يقتل» . وفي بابل كان يعاقب من يخبيء العبد الهارب بعقوبة الموت . وهذا هو ما تقرره المادتان ١٦ و ١٩ من تقنين حمورابي . فالمادة ١٦ تنص : «إذا أخفى رجل عبد أو أمة قصر أو مشكينوم في بيته ولم يقدمه عند اعلان المنادي فذلك المالك للبيت سوف يقتل» . وتقرر هذا الحكم أيضاً المادة ١٩ بقولها :

---

(١) راجع : Klima (J.) : La posizione degli schiavi secondo le Nouve leggi prehammurabiche, studi Arangio-Ruiz, 4 (1952), 225 — 240.

(٢) الشاقل وزن يعادل حوالى ثماني جرامات .

«إذا احتفظ بهذا العبد فى بيته .. وفيما بعد قبض على العبد فى حيازته ، فذلك الرجل سوف يقتل» .

أما فى تقنين لبت عشتار ، فان مخف العبد يفقد رقيقه ، وفى حالة عدم وجود عبد مملوك له فانه يدفع ثمنه نقداً . فلقد جاء فى المادة ١٢ منه «إذا هربت أمة أو عبد إلى قلب المدينة وثبت انها (أو أنه) يعيش فى بيت رجل آخر مدى شهر فانه يرد أمة أو عبداً مقابل الأمة أو العبد» . وتنص المادة ١٣ : «فاذا لم يكن له عبيد فانه يدفع ١٥ شاقلا من الفضة» .

وفى اشنونا فان مخف العبد كان يفقد بدوره رقيقه ، بل ولقد كان يعتبر بمثابة سارق . وهذا هو ما جاء فى المادتين ٤٩ و٥٠ من تقنين اشنونا . فلقد نصت المادة ٤٩ : «إذا قبض على انسان متلبساً بسرقة عبد أو أمة فانه يسلم عبداً مقابل عبد و أمة مقابل أمة» . وجاء فى المادة ٥٠ : «إذا قبض حاكم أو ملاحظ نهر أو أى موظف آخر مهما يكن على عبد مفقود أو حمار مفقود يخص القصر أو موشكينوم ولا يسلمه إلى اشنونا بل يحتفظ به فى بيته حتى ولو لم تمض سوى سبعة أيام فان القصر يحاكمه كسارق» .

وكان ينبغى فى اشنونا أن يميز كل عبد ، حتى ولو كان مملوكاً لسيد أجنبى ، بثلاث علامات ظاهرة . وهذا هو ما تنص عليه المادتان ٥١ و ٥٢ . إذ جاء فى المادة ٥١ : «العبد أو الأمة فى اشنونا الذى عليه علامة «كانوم» أو «ماشكاتوم» أو «اباتوم» لا يغادر بوابة اشنونا بدون إذن صاحبه» . وتقرر المادة ٥٢ ما نصه : «العبد أو الأمة ممن يدخلون بوابة اشنونا فى ركب سفارة أجنبية توضع عليهم علامة «كانوم» أو «ماشكاتوم» أو «اباتوم» ولكن يظلون فى مركب مولاهم» .

ولم يستبق حمورابى من هذه العلامات سوى واحدة وهى «اباتوم» . ومن ناحية أخرى فانه يقرر عقوبة قاسية توقع على الحلاق الذى يزيل علامة الرق بدون اذن مالك الرقيق ، وهى عقوبة قطع اليد . وقد جاء ذلك

فى المادة ٢٢٦ التى تنص : «إذا محا حلاق سمة عبد لرجل آخر دون موافقة صاحبه فسوف تقطع يده» .

ولا يتضمن أى تقنين من التقنينات الميزوبوتامية اشارة إلى ما إذا كان العبد يتمتع بأهلية تملك بعض الأموال . بيد انها تتضمن بعض الأحكام التى تضع قيوداً على قدرة الرقيق فى التصرف فى بعض الأموال (١) . مثال ذلك المادة ١٥ من تقنين اشنونا التى تحرم على التاجر أو بائعة الخمور ان يقبلا من الرقيق نقوداً أو قمحاً أو صوفاً أو زيتاً ، فهى تنص : «ا «تامكاروم» و«سابيتوم» لا يأخذان نقوداً أو قمحاً أو صوفاً أو زيت سمسم من أى عبد أو أية أمة لاستثمارها » . ومن ناحية أخرى فان الرقيق لا يستطيع أن يقترض (المادة ١٦ من نفس التقنين) . ووفقاً لتقنين حمورابى ، يعاقب بالموت كل من يشترى أو يودع لديه أى شىء له قيمة من يد الرقيق بدون شهود واتفاقات . وهذا هو ما جاء فى المادة السابعة التى تنص : «إذا اشترى رجل أو تسلم على سبيل الوديعة فضة أو ذهباً أو عبداً أو أمة أو ثوراً أو شاة أو حماراً أو أى شىء آخر من ابن رجل آخر أو رقيقة بغير شهود أوعقود ، فذلك الرجل سارق ، وسوف يقتل ».

وطبقاً للمادة ١٤ من تقنين لبت عشتار السومرى ، والتى يختلف العلماء حول تفسير مضمونها ، يجوز لكل رقيق أن يحرك الدعوى القضائية لاثبات حريته ، ولكن إذا فشل للمرة الثانية فانه يتعرض للعقوبة . بل ولقد كان حمورابى أشد قسوة ، فلقد قرر قطع اذنى الرقيق الذى يخسر دعوى الحرية التى يرفعها على سيده ، وهذا هو ما جاء فى المادة ٢٨٢ من تقنينه التى تنص «إذا قال العبد لسيده: «انت لست سيدى» فسوف يثبت سيده انه عبده وعندئذ يصلم اذنه» .

ولقد كان قانون المواريث فى الشرق القديم يعتبر بمثابة جزء من قانون

---

(١) أنظر : Finley (M.C.) : La servitude pour dettes, RHD, 1965,161—184.

الأسرة ، لأنه وفقاً للأحكام القضائية ditilla ، لم يكن الوارث ibila سوى ابن المتوفى .

ولم يتضمن تقنين اشنونا أية قاعدة عن توارث الأموال (١) . ومع ذلك فلقد ذكر الورثة على الشيوع ، ونعني بذلك الابناء أو الأخوة الذين لم يقتسموا الميراث الأبوى فى المادة ٣٨ التى تنص : «إذا كان واحد من عدة أخوة يريد بيع حصته (فى ملك شائع بينهم) ويريد أخوته الشراء فانه يدفع ...» . ولم ينظم تقنين اشنونا هذه الملكية الشائعة، بل ويبدو انها كانت فى طريقها إلى الزوال . كما لم يعرفها تقنين لبت عشتار وكذلك تقنين حورابى ، بينما نقابلها فى وقت متأخر فى مجموعة القوانين الآشورية .

ومن ناحية أخرى فلقد أثر تقنين لبت عشتار تأثيراً مباشراً على نظام المواريث الذى تضمنه تقنين حورابى . ذلك أن تقنين لبت عشتار اهتم بميراث الأولاد من الفراشين ، وقرر انهم يتمتعون بحقوق متساوية على تركة أبيهم ، بينما تؤول البائنة الخاصة بكل أم إلى أولادها . وهذا هو ما تنص عليه المادة ٢٤ من تقنين لبت عشتار التى سبق أن أوردنا منطوقها . ونقابل نفس القاعدة فى المادة ١٦٧ من تقنين حورابى التى عالجناها من قبل كذلك . ولقد اقتبست هذه المادة من تقنين لبت عشتار (٢) .

ويلاحظ انه حينما تكون الزوجة الثانية من الارقاء ، فان تقنين لبت عشتار يقرر أن ابنها لا يقتسم التركة الأبوية مع أخيه المولود من أم حرة ؛ حتى ولو منح الزوج الحرية إلى الأمة وأولادها . وهذا هو ما تقضى به المادة ٢٥ من تقنين لبت عشتار التى أشرنا اليها فى البداية . أما تقنين حورابى

---

(١) أنظر : Klima (J.): Il diritto ereditario secondo le fonti giuridiche de Eshnunna, Jura 4. 1953, 192 — 197.

(٢) أنظر : Dauvillier (J.) : Le partage d'ascendant et la parabole du fils prodigue, Actes du congres de droit canonique, Paris 1947, 220—228 .

فانه يكفل الحرية للولد وأمه فى كل الأحوال ، بل ويستطيع المولود من أمه أن يشارك أخوته الذين ولدوا من أم حرة ميراثهم وعلى قدم المساواة تقريباً ، إذا تبناه الأب ، وهذا هو ما جاء فى المادة ١٧٠ المذكورة بدورها من قبل .

أما المادة ١٧١ فتنص : «ومع ذلك فاذا لم يقل الأب خلال حياته للابناء الذين انجبتهم له الأمة «ابنائى» فانه بعد وفاة الأب ، سوف لا يأخذ ابناء الأمة أنصبة فى مال التركة الأبوية مع ابناء الزوجة الأولى ، ولكن تحرر الأمة وأولادها .. الخ » .

ومن الجدير بالتأمل أن تقنين حمورابى لا يشير إلى الطفل المولود نتيجة زواج رجل من أمرأة تحترف البغاء ، بينما تعالج المادة ٢٧ من تقنين لبت عشتار هذه الحالة ، ولو أنها تعرضت لكثير من التلف ، وقد سبق أن أشرنا اليها .

أما فيما يتعلق بحق الملكية والالتزامات (١) ، فان التأثير السومرى هو السائد ، ولو أنه لا يمكن تجاهل التأثير الذى باشره تقنين اشنونا .
وكما لاحظ كارداسيا ، عرف الاكديون اصطلاحاً مقارباً لاصطلاح «المالك» ولكن لا يوجد اصطلاح يطابق اصطلاح «الملكية» (٢) . بيد أن المشرع حاول حماية المالك ، ولا سيما بالنسبة للسرقة .
واهتم تقنين لبت عشتار كثيراً بحماية العقارات . وإذا لم يرغب المالك فى ترميم عقاره رغم تحذير سابق فانه ينبغى عليه أن يعوض جاره عن كل الأضرار التى تسبب فيها باهماله .

---

(١) أنظر : Szlechter (E.) : La propriété foncièr privée dans l'ancien droit mésopotamien, Trav.et rech, del'inst.de droit comparé de Paris 12 (1963) 5—11; Idem: De quelques considérations sur l'origine de la propriété privèe dans l'ancien droit mésopotamien, RIDA, 5 (1952), 121 — 136.

(٢) Cardascia (G.) : Le concept babylonien de la propriété, 1959 P. 22.

وعلى عكس القانون الروماني فان الفكرة السومرية والأكدية للملكية لا تعني التسلط المطلق . فهي تكفل الانتفاع بالعقار مع مراعاة المصالح المشروعة للجيران . وفي تقنين حمورابي نقابل نفس الفكرة من خلال القوانين التي تعالج التعويض عن الأضرار التي يتسبب فيها الجيران باغراق المحاصيل نتيجة اهمال ملاك الحقول المجاورة . وهذا هو ما تضمنته المواد ٥٣ – ٥٦ . إذ تنص المادة ٥٣ : «إذا أهمل رجل في صيانة سد حقله ولم يصنعه قوياً وحدث به صدع ثم كان من أثر ذلك ترك المياه تجرف الأرض المزروعة فان الرجل الذي انصدع سده سوف يعوض الحبوب التي أصابها الخسارة» . وتضيف المادة ٥٤ : «إذا لم يكن قادراً على التعويض بالحبوب ، فسوف يباع هو وأمواله ويقتسم المزارعون الذين اتلفت المياه محصولهم ماله» . وتعالج المادة ٥٥ نفس الحالة بقولها: «إذا فتح رجل قناته للري وكان مهملا بحيث اجتاحت المياه حقلا مجاوراً لحقله ، فسوف يكيل تعويضاً بمقدار ما أصابه الخسار» . وكذلك تنص المادة ٥٦ : «إذا فتح رجل المياه ثم تركه يجرف ما تم من عمل في حقل جاره ، فسوف يدفع ١٠ «كور» مقابل كل ١٨ «ايكو» .

ولقد عالج تقنين لبت عشتار هجر المالك لأرضه حتى يتجنب أداء الضريبة المقررة عليها. فاذا شغلها الغير مع دفعه مع ضريبتها لمدة ثلاث سنوات، فانه لا يجبر على رد الأرض لصاحبها الأول . وهذا هو ما تعالجه المادة ١٨ منه بقولها : «إن تأخر مالك أرض عن الوفاء بضريبة الأرض ونقلت إلى شخص غريب فان مالكها يظل فيها ثلاث سنوات دون أن يطرد وبعد ذلك يتملك من تحمل الضريبة الأرض وليس لمالكها الأول أي دعوى قبلها» .

ويتضمن تقنين حمورابي حكماً مماثلا ، ويتعلق بالضابط الذي يهجر اقطاعه (الكو ilku أي الإقطاعة ، وهي تضم حقله وحديقته ومنزله) لكي يتجنب الالتزامات التي تقع على عاتقه ، فمن يحل محله ويدفع الضريبة

المقررة لمدة ثلاث سنوات يكتسب الحقوق التي كانت لسلفه . وقد سبق أن أوردنا نص هذه المادة . وتضيف المادة ٣١ أنه: «إذا ارتحل لمدة سنةواحدة فقط ثم عاد ، فحقله وبستانه وبيته سوف ترد اليه وسوف يرعى هو نفسه الالتزام الاقطاعى» .

ويعالج تقنين لبت عشتار فى مادتين حالة الشخص الذى يضبط متلبساً فى حديقة الغير وهو يسرق أو يقطع شجرة . فالمادة ٩ من هذا التقنين تنص على أنه «إذا دخل رجل بستان رجل آخر وقبض عليه كاللص فانه يدفع عشر شواقل من الفضة» . وقد جاء فى المادة ١٠ : «إذا قطع رجل شجرة من حديقة رجل آخر يدفع نصف مينا من الفضة». ويستبدل حمورابى بالمادتين السالفتى الذكر مادة واحدة تقرر أنه يتعرض لتوقيع عقوبة الغرامة نقداً كل من يقطع شجرة فى بستان فاكهة مملوك للغير بدون موافقة مالك الحديقة، وهى المادة ٥٩ التى تنص على أنه: «إذا قطع رجل شجرة من بستان رجل آخر دون علم صاحبه فسوف يدفع نصف مينا من الفضة » .

وينظم تقنين اشنونا على العكس من ذلك مسئولية مالك الثور المتوحش أو الكلب غير الأليف . فاذا تسبب أحد هذه الحيوانات فى وفاة شخص ما ، حراً كان أم عبداً ، فلا يسأل مالكه عن ذلك الا إذا كان قد أنذرته السلطات من قبل عن عيوب حيوانه . ويفرض القانون عليه تعويضاً قيمته ٤٠ أو ١٥ شاقلا من الفضة ، بحسب ما إذا كان المجنى عليه من الأحرار أو العبيد . وفى هذا تنص المادة ٥٤ منه بقولها «إذا عرف عن ثور عادة المناطحة ووصل إلى السلطات نبأ معرفة صاحبه بذلك ومع ذلك فانه لم يقتطع قرنيه ثم نطح الثور رجلا وقتله فان صاحب الثور يدفع ٤٠ شاقلا من الفضة ». وتضيف المادة ٥٥ : «ان نطح عبداً فقتله فانه يدفع ١٥ شاقلا من الفضة» . وتشير المادة ٥٦ إلى الكلب المسعور وتقرر : «إذا كان كلب مسعور ووصل إلى السلطات نبأ معرفة صاحبه بذلك ومع ذلك فانه لم يحتجزه ثم حدث أن عض شخصاً وادى ذلك إلى وفاته فان صاحب الكلب يدفع ٤٠

شاقلا من الفضة» . وتضيف المادة ٥٧ «ان عض عبداً وادى ذلك إلى وفاته فانه يدفع ١٥ شاقلا» .

أما تقنين حورابى فانه يقتصر على تحديد مسئولية مالك الثور فى حالة قيام السلطات المحلية بتوجيه تحذير له دون جدوى . ويعاقب المالك المهمل بغرامة تبلغ ٣٠ أو ٢٠ شاقلا بحسب ما إذا كان القتيل من الأحرار أو العبيد. وهذا هو ما جاء فى المادة ٢٥٠ التى تنص على أنه : «إذا نطح ثور رجلا اثناء مروره فى الطريق وسبب موته ، فليس الأمر موضع دعوى» . وتضيف المادة ٢٥١ : «إذا كان ثور الرجل معتادا النطح وأخطره بذلك مجلس مدينته ، ولكنه لم يحجب قرنيه أو يربطه ونطح ذلك الثور ابن رجل فمات فسوف يدفع ٣٠ شاقلا من الفضة » . وتعالج المادة ٢٥ حالة ما إذا٢ كان القتيل عبداً بقولها : «إذا كان المجنى عليه عبداً فسوف يدفع ٢٠ شاقلا».

(ثالثاً) فى مجال قانون الالتزامات :

بخصوص «قانون الالتزامات» (١) ، فان المقارنة التى نجريها ينبغى أن تكون فى اطار محدود لأنه تنقصنا المصادر . فتقنين لبت عشتار كما هو معلوم لم يصل الينا بأكمله بل ما وصل الينا هو خمس أو سدس النص الأصلى . وحتى تقنين حورابى فانه يحتوى على نقص كبير فى الجزء الذى كان يعالج الالتزامات المتنوعة . ومن ناحية أخرى فانه رغم أن قانون الالتزامات فى تقنين اشنونا أقل تطوراً فانه يتضمن مع ذلك بعض القوانين التى أثرت على الأحكام المقابلة فى تقنين حورابى .

ويعالج تقنين اشنونا حق الدائن فى الاستيلاء على أحد أفراد أسرة المدين

---

(١) أنظر : Szlechter (E.) : le prêt dans l'Ancien Testament et dans les codes mésopotamiens d'avant Hammourabi, dans " la Bible et l'Orient", Cahiers de la Révue d'Histoire et de philosphie religieuse, 1955, p. 16— 25.

(الزوجة ، الوالد ، الرقيق) على سبيل الرهن ، لضمان الوفاء بالدين . وهذا الحق من المسلمات التى لا تقبل الجدل . ويعالج تقنين اشنونا ثلاث حالات يمارس فيها دائن مزيف هذا الحق رغم انه ليس له ما يطالب به وهو ما تتضمنه المواد ٢٢ — ٢٤ . فالمادة ٢٢ تنص : «إذا لم يكن لرجل دعوى قبل آخر ومع ذلك يسترهن أمته فان مالكها يعلن بالقسم «ليس لك شيء قبلى »فيدفع له فضة كاملة تعويضاً عن الأمة» . وتعالج المادة ٢٣ نفس الحالة بقولها : «إذا لم يكن لرجل دعوى قبل آخر ومع ذلك استرهن امته واحتجزها فى بيتها ثم قتلها فانه يدفع مقابلها أمتين مملوكتين له» . وتضيف المادة ٢٤ : «إذا لم يكن له دعوى قبله ومع ذلك احتجز زوجة موشكينوم أو إبنا له وقتلهما فان هذه جريمة كبرى .. إن المتحجز سوف يقتل زوجته أو إبنه على التقابل» (١).

ويعالج تقنين حمورابى حق الاستيلاء المذكور طبقاً لخطة محددة ومتدرجة فى المواد ١١٤ — ١١٦ . ولقد جاء فى المادة ١١٤ : «إذا لم يكن لرجل دين حبوب أو فضة لدى رجل آخر ولكنه أخذ شخصاً منه على سبيل الرهن ، فسوف يدفع ثلث مينا من الفضة عن كل رهينة» . وتضيف المادة ١١٥ : «إذا كان لرجل دين حبوب أو فضة فى مواجهة آخر وكان قد أخذ منه شخصاً على سبيل الرهن ثم مات الرهينة ميتة طبيعية فى بيت من كان قد أخذه رهينة فليس هناك وجه لإقامة الدعوى » . وتشير المادة ١١٦ إلى انه «إذا كان موت الرهينة بتأثير ضرب أو سوء معاملة فى بيت من كان قد أخذه رهينة ، فيتعين على صاحب الرهينة أن يثبت ذلك ضد تاجره فاذا كان (الرهينة) ابن الرجل فابنه سوف يقتل وان كان عبداً مملوكاً له فسوف يدفع ثلث مينا من الفضة ويخسر كل ما يكون قد اقترضه » .

ويتضح من نصوص تقنين حمورابى المذكورة أنها تبدأ بالاستيلاء

---

(١) أنظر : Szlechter (E.) : lois d'Eshnunna, 70 — 80.

الذى لا يعتمد على أى أساس من قبل دائن مزيف (١) . ثم يعالج التقنين بعد ذلك الحالة التى يموت فيها فى بيت الدائن احد أفراد أسرة المدين الذى كان الدائن قد استولى عليه قانوناً . ويميز حمورابى ما بين الموت الطبيعى والموت لسوء المعاملة . وفى هذه الحالة الأخيرة ، يقتص من الدائن بقتل ابنه بسبب الموت غير الطبيعى لابن المدين المستولى عليه . وعلى العكس فانه فى اشنونا ، يتم التعويض عن الموت غير الطبيعى لرقيق استولى عليه على غير أساس وذلك باعطاء المالك عبدين ، أما موت زوجة المدين المزعوم أو ابنه ، فالعقاب يتمثل فى موت زوجة الدائن أو ابنه على التقابل .

ويعالج تقنين اشنونا مسئولية المودع لديه فى حالة هلاك الشىء المودع . ويمكن أن يتحرر من المسئولية ، إذا أقسم انه لم يرتكب أى خطأ وأنه عند سقوط منزله فان الأشياء المملوكة له قد هلكت بدورها . وفى هذا تنص المادة ٣٦ « إذا سلم رجل متعلقاته كوديعة إلى ... وإذا كانت المتعلقات التى سلمها تختفى بغير أن يكون البيت قد سرق .. فان المودع لديه يرد الوديعة» . وتضيف المادة ٣٧ : «إذا انهار منزل المودع لديه أو سرق بما فى ذلك الوديعة التى تسلمها وكانت بذلك خسارة حلت بصاحب المنزل فان صاحب **المنزل** يقسم لدى بوابة «تشباك» (٢) قائلا «ضاع متاعى مع متاعك ولم ارتكب أمراً إداً أو تدليسا» فان أقسم له مثل هذا القسم فلا دعوى له قبله» .

أما تقنين حمورابى فانه كان يعتبر المودع لديه مهملا ، وكان يتطلب منه أن يرد الشىء المودع حتى ولو كان قد سرق فى نفس الوقت مع الأشياء المملوكة للمودع لديه . وهذا هو ما جاءت به المادة ١٢٥ التى تنص :

---

(١) أنظر : Szlechter (E.) : Tablettes juridiques et administratives de la IIIe Dynastie d'Ur et de la Ire Dynastie de Babylone Conesrveès au Musée de l'Université de Manchester, t. 1, Planches, t. II, Transcription, Traductin, Commentaire, Paris, Recueil Sirey, 1963 (Publication de l'Institut de droit romain de l'University de Paris, t.XXI).

(٢) إله إشنونا الرئيسى .

«إذا أودع رجل أى شىء يخصه وفقد هذا الشىء مع شىء يخص صاحب البيت من المكان الذى أودع فيه إما بسبب دخول اللصوص أو عن طريق نقب الحائط ، فصاحب البيت الذى كان إهماله سبباً فى تبديد الأمانة يجب أن يعوض صاحب المال وعليه أن يبحث جدياً بحثاً عن أى شىء يخصه يكون قد فقد ويأخذه من اللص الذى سرقه» .

ويحدد تقنين اشنونا سعر الفائدة فى حدود ٢٠٪ للقروض النقدية ، و ٣٣٪ للغلال (١) . ومن المحتمل أن هذا السعر كان مقرراً أيضاً فى تقنين حورابى ، إذ تنص المادة ٨٨ : «إذا كان تاجر قد أعطى قمحاً على سبيل القرض بفائدة فيأخذ مقابلها ٦٠ «قو» من الحبوب لكل «كور» كفائدة ، وإذا كان قد أعطى فضة على سبيل القرض فله أن يأخذ ⅕ شاقل و٦ «شى» (أى ⅙ شاقل) كفائدة عن كل شاقل من الفضة» .

ويتفق تقنين لبت عشتار مع تقنين حورابى بخصوص مسئولية البستانى الذى أبرم مع مالك الأرض عقداً يتعلق بزراعة حقل كروم . فاذا ترك البستانى جزءاً من الحقل بدون زراعة ، فان هذا الجزء يؤول اليه عند التقسيم . وتشير إلى هذه الحالة المادة ٨ من تقنين لبت عشتار بقولها :

«إذا سلم رجل ارضا غير مزروعة إلى آخر يعمل فيها بستاناً ولم يكمل الأخير اصلاح الأرض البور لعمل البستان فانه يسلم الرجل الذى أقام البستان الأرض البور التى أهملها كجزء من نصيبه» . أما تقنين حورابى فتعالجها فى المادة ٦٠ وما بعدها . وها هو نص المادة ٦٠ : «إذا كان رجل قد أعطى حقلا لبستانى ليغرس بستاناً فان البستانى حين يفعل ذلك فسوف يغرس شجراً فى البستان لمدة أربع سنوات وفى السنة الخامسة يتقاسم مناصفة (الثمار) مع صاحب البستان. ولصاحب البستان أن يختار ويأخذ حصته» .

---

(١) أنظر : Leemans (W.F.) : The rate of interest inold babylonian times, RIDA 5, 1950 P, 7 — 34.

وتنص المادة ٦١ : « إذا لم يقم البستانى بغرس الحقل بأكمله بل ترك جزءاً بوراً فيكون هذا الجزء من نصيبه» .

وتضيف المادة ٦٢ : «إذا لم يقم بغرس الحقل ، الذى كان قد اعطى له بستاناً ، فاذا كان أرضاً زراعية يدفع البستانى إلى صاحب الأرض ايجار الحقل عن السنوات التى أهمل فيها على أساس الأراضى المجاورة كما يقوم بالعمل اللازم فى الحقل الذى يعود إلى صاحبه» (١) .

ويبدو أن تأجير الثيران كانت له أهمية اقتصادية كبرى فى اسن وبابل . وتتحدد قيمة التعويض فى أربع مواد من تقنين لبت عشتار على أساس نسبة معينة من ثمن الثور بحسب الاصابات المختلفة . فلقد جاء فى المادة ٣٤ : «إذا أجر رجل ثوراً وجرح جلده عند خزامة الأنف فانه يدفع ثلث ثمنه» . وتنص المادة ٣٥ : «إذا أجر رجل ثوراً وفقأ عينه أو أصابها فانه يدفع نصف ثمنه» . وتضيف المادة ٣٦ : «إذا أجر رجل ثوراً وكسر قرنه فانه يدفع ربع ثمنه» . وأخيراً فان المادة ٣٧ تنص : «إذا أجر رجل ثوراً وأصاب ذيله فانه يدفع ربع ثمنه» .

وهذه الاصابات والجزاءات المقررة لكل منها تماثل فى أغلبيتها مع ماجاء فى تقنين حمورابى حيث تبدأ مواده التى عالجت هذه المسألة بالكلام عن استئجار الثور ثم تحدد قيمة التعويض . فالمادة ٢٤٥ تنص : «إذا استأجر رجل ثوراً وتسبب فى موته بالاهمال أو الضرب ، فسوف يعوض صاحب الثور ثوراً بثور» . وتضيف المادة ٢٤٦ : «إذا استأجر رجل ثوراً وكسر ساقه أو أحدث قطعاً فى عضلة رقبته فسوف يعوض صاحب الثور ثوراً بثور» .

أما المادة ٢٤٧ فتقرر انه : «إذا استأجر رجل ثوراً وفقأ عينه ، فسوف يعطى نصف قيمته فضة لصاحب الثور» . وكذلك فان المادة ٢٤٨ تنص :

---

(١) أنظر : Cuq (Ed.) : Etudes sur le droit babylonien, 180 — 234 et 244 — 293.

«إذا استأجر رجل ثوراً ثم كسر قرنه أو قطع ذيله أو اصاب لحم ظهره، فسوف يعطى ربع قيمته فضه» .

ويضيف حمورابى حالة هلاك الثور نتيجة للقوة القاهرة Vis maior حيث يقرر أن مالك الثور هو الذى يتحمل تبعة الهلاك . ولقد ساق مثالين لذلك فى المادتين ٢٤٤ و ٢٦٦ . وتنص المادة ٢٤٤ : «إذا استأجر رجل ثوراً ثم قتله أسد فى الخلاء ، فان الخسارة تعود على مالكه» . أما المادة ٢٦٦ فتقرر : «إذا لمست إصبع إله لقطيع أو قتله أسد بعضه فيبرىء الراعى نفسه أمام الاله وسوف يقع الاذى فى القطيع على صاحب القطيع» (١) .

ولقد عالج تقنين حمورابى جريمة الاجهاض من ناحيتين : الأولى بحسب الطبقة الاجتماعية التى ينتمى اليها المجنى عليها مميزاً ما بين المرأة التى تنتمى إلى طبقة الأحرار والموشكينو والارقاء ، والثانية بحسب النتيجة التى ترتبت على الاجهاض ، أى بحسب ما إذا كان الاجهاض قد تسبب فى وفاة المرأة أم انها ظلت على قيد الحياة . ووفقاً لهذا التقنين فان مجرد الاجهاض كان يعاقب عليه بغرامة مالية ، يختلف مقدارها وفقاً للطبقة التى تنتمى اليها المجنى عليها . وإذا تسبب الاجهاض فى وفاة المرأة ، فان بنت الجانى كانت تقتل إذا كانت المجنى عليها من الأحرار ، وعلى العكس فانه إذا كانت بنت موشكينوم أو عبد كان المذنب يعاقب بغرامة مالية .

ولقد أورد تقنين حمورابى كل ذلك فى المواد ٢٠٩ — ٢١٤ . فتنص المادة ٢٠٩ على أنه : «إذا ضرب رجل ابنة رجل آخر وأجهضت، فسوف يدفع ١٠ شواقل من الفضة بسبب إجهاضها» . وتضيف المادة ٢١٠ : «إذا ماتت تلك المرأة ، فسوف تقتل ابنته» . أما المادة ٢١١ فتقرر : «إذا تسبب فى اجهاض إبنة موشكينوم ، فسوف يدفع ٥ شواقل من الفضة» . وتضيف المادة ٢١٢ : «إذا ماتت تلك المرأة ، فسوف يدفع نصف مينا

(١) أنظر كذلك: Szlechter : Lois d'Eshnunna ,98 — 109.

من الفضة» . وتعالج المادة ٢١٣ حالة اجهاض الأمة بقولها : «إذا ضرب أمة رجل فأجهضها ، فسوف يدفع شاقلين من الفضة» . وتضيف المادة ٢١٤ : «إذا ماتت تلك الأمة ، فسوف يدفع ثلث مينا من الفضة» .

ويبدو أن مجموعة قوانين مدينة أوروك قد أثرت على تقنين حمورابى فى هذا المجال ، إذ أنها أول مجموعة تعالج الاجهاض ، وان كانت قد ميزت ما بين الاجهاض الناجم عن الاصابة والاجهاض الناجم عن الضرب . أما حمورابى فلقد حذف التميز ما بين الاصابة والضرب كسببين مستقلين كل منهما عن الآخر للاجهاض ، كما أنه أدخل وجهين جديدين للتمييز كما سبق بيانه أى بحسب الطبقة الاجتماعية التى ينتمى اليها المجنى عليها ، وبحسب النتائج التى ترتبت على ا لاجهاض .

ويتضمن تقنين لبت عشتار فى المادة ١٧ حكماً بمقتضاه يتعرض كل من اتهم الغير بارتكابه جريمة بدون أن يتمكن من اقامة الدليل عليها ، لنفس العقوبة التى كان سيتعرض لها هذا الغير لو كان الاتهام صحيحاً . فهى تنص : «إذا كان رجل يربط آخر بغير حق إلى أمر لا علم للأخير به فان الأخير غير ملزم وأما الأول فانه تقع عليه طائلة العقوبة فيما يتصل بما ربطه به» .

ولقد تبنى حمورابى نفس المبدأ فى المواد الأربع الأولى من تقنينه . فالمادة الأولى تقرر : «إذا اتهم رجل آخر بالقتل ولم يستطع إقامة الدليل عليه ، فسوف يقتل متهمه» . وتنص المادة ٢ : «إذا اتهم رجل آخر بالسحر ولم يستطع اقامة الدليل ، فسوف يذهب المدعى عليه بالسحر إلى النهر المقدس ويرمى نفسه فيه فان غلبه النهر المقدس فسوف يستولى خصمه على بيته ، وإن أبان النهر المقدس انه برىء وخرج سالماً فان المدعى يقتل ويأخذ المدعى عليه بيته» . وتضيف المادة ٣ : «إذا شهد شاهد بشهادة زور فى قضية ولم يستطع اقامة الدليل على قوله ، فاذا كانت تلك الدعوى يحكم فيها بالموت ، فسوف يقتل» . وتنص المادة ٤ : «وإذا كانت شهادة الزور تتعلق بقمح

أو نقود فسوف توقع عليه العقوبة الخاصة بتلك الدعوة» (١) .

وفيما يتعلق بمعرفة حكم الاله عن طريق اختبار النهر المقدس بالقاء الشخص فيه ، فلقد أشار اليها تقنين حمورابى مرتين : بالنسبة للرجل المتهم بالسحر (المادة ٢ السالفة الذكر) ، وبالنسبة لإمرأة متزوجة تعرضت لإشاعة عامة بأنها إقترفت الزنا ، وهذه الحالة الثانية تشير اليها المادة ١٣٢ من التقنين المذكور بقولها : «إذا شهر بزوجة بسبب رجل آخر ولم تضبط مضطجعة مع الرجل الآخر ، فسوف تلقى بنفسها فى النهر المقدس من أجل زوجها». وتتضمن المادة ١٠ من تقنين أورنمو أيضاً مثالا للاتهام بالسحر . ولقد طبق السومريون أسلوب اختبار النهر المقدس بالقاء الشخص فيه حتى بالنسبة للمنازعات المالية .

الخاتمة

ص من كل ما تقدم انه كانت توجد قواعد لها قوة الزامية فى ميزوبوتاميا منذ ما قبل العصر السرجونى . وكانت هذه القواعد ذات أصل الهى . ومنذ أسرة أور الثالثة ، اعتبر القانون صادراً من السلطة العامة وهى التى تحميه . وتسمح النصوص السومرية والبابلية بتحديد أساس السلطة التشريعية وممارستها ، وكذلك السمات الرئيسية للتشريع باعتباره أحد مصادر القانون المعمول به . وتظهر القيمة الالزامية للتشريع وتطبيقه فى واقع الحياة القانونية من خلال العديد من الوثائق التى غالباً ما تكتفى بالإحالة إلى نص تشريعى لتحديد الجزاء فى حالة عدم احترام أحد المتعاقدين لتعهداته . وكان هناك عدد من التشريعات يتعين تطبيقها بقوة القانون على الروابط ما بين المتعاقدين ، أيا ماكان مضمون اتفاقهم .

ولم تشتمل المجموعات القانونية السومرية والأكدية على كل القوانين

---

(١) بريتشارد ، المرجع السالف الذكر .

المعمول بها . وكانت التشريعات لا ترمى فى أغلب الأحيان إلا إلى تعديل قاعدة عرفية أو الغائها ، أو وضع الحلول بالنسبة إلى حالات خاصة أو أكثر تعقيداً ، أو تحديد قواعد قانونية اختلف القضاة على تفسيرها . وهكذا يبرز دور التشريع باعتباره عنصراً أساسياً لتطوير القانون السومرى الاكدى والذى كان يرتكز فى الأساس على العرف .

وينبغى أن نذكر أيضاً فى هذه الخاتمة أنه بسبب النقص الكبير فى المصادر التى نعتمد عليها ،فإن المقارنات التى أجريناها ليست كاملة بالدرجةالتى كنا نودها . بيد أنها تؤكد ما سبق ان ابرزناه والذى يتلخص فى أن حمورابى عند قيامه بعمل تقنينه قد اعتمد على مصدرين رئيسين وهما الشريعة السومرية والشريعة الاكدية . ومع ذلك فانه فى ضوء ما لدينا من معلومات عن المجموعات القانونية السابقة على حمورابى ، لا توجد مادة اقتبسها حمورابى كلمة بكلمة فى تقنينه . ويمكن بالتالى أن نستنتج من ذلك اننا لم نعثر على أى اقتباس حرفى فى أى مادة من مواد تقنين حمورابى .

ولكن ذلك لا ينفى أن تقنين حمورابى يتضمن العديد من المواد التى اتخذت كنموذج لها مواداً مماثلة وواردة فى المجموعات القانونية السابقة . وحمورابى وهو يستخدم التقنينات السابقة كان يحاول أن يضع مايتأثر به من أحكامها فى صورة تتلاءم مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية لبابل والتى كانت متطورة بدرجة أكبر بكثيرمن تلك التى كانت تسود اشنونا، وتماثل الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التى كانت تسود المدن السومرية فى العصر السومرى المتأخر .

ولقد حاولنا خلال البحث أن نرسم اطاراً عاماً لمظاهر التأثير السومرى والأكدى على تقنين حمورابى ، واعتمدنا فى كل ما قلناه على ماورد فى التقنينات الميزوبوتامية من نصوص المواد،واعتنينا بشرح هذه النصوص القديمة والنادرة .

وأبرزنا بعض مظاهر التأثير السومرى فى مجال الشكل متمثلا فى التقسيم الثلاثى لتقنين حمورابى ، وفى تلوين المواد بأسلوب شرطى .

أما من الناحية الموضوعية ، فلقد عرضنا لبعض مظاهر تأثير تقنين اشنونا الاكدى فى مجال الزواج ، وتحديد مختلف الأجور والمرتبات والأسعار ، وسعر الفائدة . كما لاحظنا مظاهر تأثير قاطعة لتقنين لبت عشتار السومرى فى مجال المواريث ، والملكية العقارية ، وعقد غرس الكروم فى الحقول ، ومعرفة حكم الاله عن طريق اختبار النهر المقدس فى حالة الاتهام بالسحر ، واعتبار القوة القاهرة سبباً للاعفاء من المسئولية التعاقدية وتقرير القاعدة القائلة بأن من يقوم بتوجيه اتهام باطل بارتكاب جريمة يتعرض لنفس العقوبة التى كانت ستطبق على من وجه اليه الاتهام فى حالة ما لو فرض أنه كان صحيحاً .

ويلاحظ أن حمورابى ، وهو يتأثر بقوانين سابقة ، كان يصيغها فى أسلوب أكثر تحديداً ، وكان يضمنها جزاءات كانت تفتقدها القوانين القديمة .

وعلى العموم فان اصلاحات حمورابى تظهر اتجاهه نحو التشدد . ويتمثل ذلك فى شيوع عقوبة الموت ، بل وتطبق فى حالات ليس هناك ما يبرر التشدد ازاءها ، ومن أمثلة ذلك انها توقع على مخف العبد الهارب ، وعلى من يتلقى شيئاً له قيمة من يد عبد . ويتمثل هذا الاتجاه أيضاً فى استخدام عقوبة القصاص والأخذ بالثأر بكثرة . وتثير هذه الظاهرة الدهشة لاننا لم نصادفها فى تقنينات أقدم من تقنين حمورابى مثل تقنين أورنمو وتقنين اشنونا .

ورغم مظاهر التأثر العديدة التى سبق أن عالجناها ، فان تقنين حمورابى كما قلنا يتميز بأسلوبه الموجز والرائع ، وبمصطلحاته الذاتية ، وبأنه كان عامل توحيد على الصعيدين السياسى والقانونى لمجموعتين من الشعوب هما : السومريون والاكديون ، وبمعرفتنا لكل نصوصه . ومن ثم يمكن القول ، انه بسبب كل هذه المزايا ، ما يزال يحتل المرتبة الأولى وسط التقنينات المدونة بالخط المسمارى .

الاعتداء على مال القطاع العام

« بحث ميدانى »

إعداد

الدكتور ماجد راغب الحلو
مدرس القانون العام والادارة – بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

آن الأوان ليواجه كل باحث فى مجال تخصصه المشاكل الحقيقية التى يعانى منها المجتمع الذى نعيش فيه إذا أردنا له مخلصين التقدم والرقى . وها نحن نعالج فى هذا البحث مشكلة الاعتداء على مال القطاع العام فى مجالى علم الادارة والقانون الادارى . وهى مشكلة ذات أهمية بالغة نرجو فيها أن نصيب الهدف .

مقدمة :

شاع الحديث عن ظاهرة الاعتداء على مال القطاع العام ، وتم كشف العديد من الجرائم المتعلقة به ، وما خفى منها قد يكون أعظم. وأصبح التفكير فى علاج لهذه الظاهرة الخطيرة أمراً ضرورياً ، نظراً لأن القطاع العام فى مصر يمثل عماد الاقتصاد القومى ، ويقود التقدم — طبقاً للدستور — فى جميع المجالات ، ويتحمل المسئولية الرئيسية فى خطة التنمية بالدولة (١) .

وان البحث العلمى الصحيح لمثل هذه الظاهرة يجب أن يكون بحثاً موضوعياً لا يتقيد بأفكار سياسية معينة أو ينظر بعين القدسية إلى مبادىء معتنقة مقدماً . وعلى ذلك ينبغى عدم التحرج من كشف أخطاء القطاع العام مخافة أن يقارن بالقطاع الخاص . فالمال فى كلا القطاعين ملك للشعب يساهم فى رفع مستوى معيشته ، سواء كانت ملكيته مشتركة أو كانت موزعة بين أفراده . والبحث لا يهدف فى نهاية الأمر الا إلى تقدم المجتمع وزيادة انتاجه والحفاظ على أمواله ، بصرف النظر عن الصيغ والأشكال التى تمر من خلالها عمليات الانتاج .

ونتحدث فى هذه المقدمة الموجزة عن :

— تعريف القطاع العام .

— المقصود بمال القطاع العام .

— المراد بالاعتداء على مال القطاع العام .

تعريف القطاع العام :

يمكن تعريف القطاع العام بأنه الجانب من جهاز الدولة الادارى الذى يتولى النشاط الاقتصادى العام بها . وقد نشأ القطاع العام بقيام المؤسسة

---

(١) المادة رقم ٣٠ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١

الاقتصادية فى يناير عام ١٩٥٧ . وبرزت أهميته بالتأميات التى بدأت بقوانين يوليو عام ١٩٦١ (١) . كما استكمل صورته بالمشروعات الانتاجية الجديدة كمشروع الحديد والصلب بحلوان .

ويضم القطاع العام ٥٢٨ وحدة اقتصادية تتبع نيفاوستين موسسة وهيئة عامة (٢) . وتأخذ هذه الوحدات عادة شكل الشركات المساهمة ، وتمارس أعمالها بالأسلوب التجارى إلى حد كبير لتحتفظ بمرونة نشاطها وتتفادى عيوب الروتين الحكومى . ويعمل بالقطاع العام ما يقرب من مليونى عامل ، ويقدر حجم أعماله وايراداته بحوالى ٥,٥ مليار جنيه (٣) .

ويحكم القطاع العام من الناحية القانونية قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ (٤) . وقد خص هذا القانون المؤسسات

(١) راجع القرارات بقوانين المتعلقة بالتأميم والصادرة فى اعوام ١٩٦١ ، ١٩٦٣ ، ١٩٦٤ .

(٢) تتبع كل مجموعة متجانسه من هذه الوحدات الاقتصادية موسسة عامة نوعية كالمؤسسة المصرية للصناعات الكيماوية . غير ان بعض هذه الوحدات تتبع هيئات عامة وذلك كشركة مضارب غرب الاسكندرية الى تتبع الهيئة العامة للسلع التموينية .

(٣) راجع البيان الذى القاه الدكتور عبد العزيز حجازى نائب رئيس الوزراء ووزير المالية والاقتصاد فى مؤتمر صحفى عقد فى ٢٨ يوليه سنة ١٩٧٣ . وقد جاء فيه ان حجم الأعمال والايرادات لشركات القطاع العام فى عام ١٩٧٣ يبلغ ٥٤٤٠ مليون جنيه . وحقق هذه الشركات فائضاً للعمليات الجارية مقداره ٥٣٤ مليون جنيه قبل خصم الضرائب . وراجع كذلك مقال الدكتور جمال العطيفى وكيل مجلس الشعب المنشور بنفس الجريدة بتاريخ ٣١ مايو عام ١٩٧٣ تحت عنوان «لماذا استقلال المحامين بالقطاع العام» وقد بلغ انتاج الشركات التابعة لوزارة الصناعة وحدها فى عام ١٩٧٣ مبلغ ١٦٦٤ مليون جنيه .

(٤) وقد كان القطاع العام محكوماً فى بداية الأمر بقانون المؤسسات العامة رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٧ . ثم صدر قانون المؤسسات العامة ذات النشاط الاقتصادى رقم ٢٦٥ لسنة ١٩٦٠ . وبعده جاء قانون المؤسسات العامة رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ فالغى القانونين سالفى الذكر وحل محلها وصدر معه قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ . ومنذ ذلك الوقت حاول المشرع ان يضع معياراً للتفرقة بين المؤسسة والهيئة العامة يستند إلى طبيعة النشاط الذى يمارسه الشخص المعنوى . فاذا كان هذا الشخص «يمارس نشاطاً صناعياً او تجارياً او زراعياً اومالياً او تعاونيا تعلق الأمر بمؤسسة عامة . اما إذا نشأ «لادارة مرفق عام يقوم على مصلحة او خدمة عامة» كنا امام هيئة عامة . وان كان هذا المعيار لم يحترم فى بعض الحالات .

العامة وما يتبعها من وحدات اقتصادية بعديد من الامتيازات تشجيعاً لها على حسن الاضطلاع بمهامها . ويخضع العاملون بالقطاع العام لأحكام القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ .

المقصود بمال القطاع العام :

ويقصد بمال القطاع العام كافة الأموال المملوكة لوحدات هذا القطاع على النحو السالف تعريفه — سواء كانت هذه الأموال من أدوات الانتاج أو من المنتجات ، وبصرف النظر عن صفتها العقارية أو المنقولة ، ودون اعتداد بمدى سيولتها .

وتعتبر أموال المؤسسات العامة — من الناحية القانونية — من الأموال المملوكة ملكية خاصة مالم ينص القرار الصادر بانشائها على اعتبارها من الأموال العامة (١) . والأموال العامة هى تلك المملوكة للدولة — أو لاحد أشخاص القانون العام — والمخصصة للنفع العام.وتتمتع الأموال العامة تقليديا بحماية خاصة . غير أن أموال المؤسسات العامة قد أصبحت هى الأخرى تتمتع بحماية جعلت نظامها القانونى يتفق مع النظام القانونى للأموال العامة فى أمرين هما :

— تحريم الاعتداء عليها طبقاً للقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٢ الذى اعتبر من الأموال العامة فى تطبيق أحكامه كل ما يكون مملوكاً أو خاضعاً لادارة أو اشراف الدولة ووحدات الحكم المحلى ، والهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لهما ، وكذلك الجهات الأخرى التى عددتها المادة الثانية من هذا القانون .

— تحريم تملكها بوضع اليد طبقاً لنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ .

---

(١) المادة ٢٥ من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٢ .

ويختلف النظام القانونى لأموال المؤسسات العامة عن النظام القانونى للأموال العامة فى أن الأولى يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها على خلاف الأموال العامة التى لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها طبقاً لنص المادة ٨٧ من القانون المدنى .

ولا غضاضة فى جواز التصرف فى أموال المؤسسات العامة المملوكة ملكية خاصة أو الحجز عليها :

أما بالنسبة للتصرف فان من هذه الأموال ما هو معد أصلا للتصرف فيه وذلك كمنتجات الشركات . ومنها ما يتعلق بسير المشروع ويجوز التصرف فيه ايضاً فى حالة وجود المقتضى كما إذا أريد استبدال آلات حديثة بأخرى قديمة .

وأما الحجز على هذه الأموال فهو جائز أيضاً وليس هناك ما يمنع منه قانوناً ، بل ولا عقلا . وذلك لأن الوحدات الاقتصادية العامة إذا بلغت من الفشل مبلغاً جعلها لا تستطيع حتى الوفاء بديونها فانها تستحق ليس فقط أن يحجز عليها بل وأن تصفى وتترك المكان لغيرها من المنتجين جرياً مع سنة الطبيعة التى تقضى بأن يكون البقاء للأصلح .

المراد بالاعتداء على مال القطاع العام :

ونقصد بالاعتداء على مال القطاع العام كافة صور الاعتداء التى يمكن أن تقع على هذا المال سواء تمثلت فى الاستيلاء عليها أو اضاعتها أو اتلافها أو الاهمال فى صيانتها والمحافظة عليها . وذلك بصرف النظر عما إذا كانت المخالفة المرتكبة من المخالفات المالية أو من المخالفات الادارية بالمعنى الاصطلاحى لكل من التعبيرين (١)

---

(١) راجع فى التفرقة بين المخالفات المالية والمخالفات الادارية :
عبد الوهاب البندارى : الجرائم التأديبية والجنائية ١٩٧١ ص ٢٠١ وما بعدها .

خطة العرض :

نعرض هذا البحث الميدانى فى الاعتداء على مال القطاع العام فى بابين :

الباب الأول : اعداد البحث ونتائجه .

الباب الثانى : تحليل استطلاع الرأى .

الباب الأول

اعداد البحث ونتائجه

نتناول فى هذا الباب كيفية اعداد البحث الميدانى فى مشكلة الاعتداء على مال القطاع العام عن طريق استطلاع الرأى ثم تبين النتيجة التى تم التوصل اليها من تفريغ استمارات هذا الاستطلاع . وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول : اعداد البحث الميدانى

الفصل الثانى : نتيجة استطلاع الرأى

الفصل الأول

اعداد البحث الميدانى

رأينا أن يكون البحث فى موضوع الاعتداء على القطاع العام بحثاً ميدانياً لا يقف عند حد الدراسة النظرية واستشارة المراجع أو الاطلاع على الوثائق . وذلك لأن النزول إلى الواقع العملى واشراك أصحاب الشأن فى البحث باعتبارهم من أهل الذكر فى حقل عملهم يعد من الأمور ذات الأهمية الكبيرة فى الوصول إلى الحقيقة فى موضوع ليس من اليسر ادراك جوانبه المختلفة من مصادر أخرى . لذلك فقد أعددنا استقصاء — أو استبياناً أو استطلاع رأى — عرضنا فيه جوانب المشكلة على النحو الذى أمكن تصوره بعد دراسة، تاركين لذوى الرأى حرية الاختيار بين البدائل وابداء ما يشاءون من تعليقات تكون فيما بعد محلا للتحليل والتفسير .

ويتضمن هذا الفصل بيان :

– النطاق المكانى للبحث .
– أصحاب الرأى فى المشكلة .
– نقاط البحث فى المشكلة .
– استطلاع الرأى .
– صورة استمارة الاستقصاء .

النطاق المكانى للبحث :

ومن باب التيسير حصرنا النطاق المكانى للبحث الميدانى فى مدينة الاسكندرية . وذلك مع العلم بأن نتائج البحث لن تكون قاصرة من حيث الواقع على وحدات القطاع العام الموجودة بهذه المدينة وحدها . وانما يمكن أن تمتد لتنطبق على القطاع العام بصفة عامة على مستوى مصر بأكملها . وذلك على أساس أن الوحدات محل البحث بالاسكندرية يمكن أن تعتبر عينة لوحدات القطاع العام فى الجمهورية . كما أن مشاكل نفس الشىء يندر أن تختلف باختلاف المكان فى اطار بلد واحد محدود المساحة متشابه الظروف .

أصحاب الرأى فى المشكله :

ان أصحاب الرأى فى مشكلة الاعتداء على مال القطاع العام هم :

– العاملون بالقطاع العام .
– هيئات الرقابة والتحقيق .
– جمهور المواطنين .
– الباحثون فى علم الادارة .

وقد قمنا بأخذ رأى عينات ممن سلف ذكرهم على النحو التالى :

١ – العاملون بالقطاع العام :

استطلعنا رأى عدد من العاملين فى القطاع العام على مختلف فئاتهم

من مستوى الادارة العليا إلى المستوى الوظيفى الثالث وذلك بالنسبة لمجالات مختلفة من القطاع العام شملت كل من :

- قطاع الغزل والنسيج .
- قطاع الصناعات الغذائية .
- قطاع الصناعات الكيماوية .
- قطاع الصناعات الهندسية .
- قطاع النقل .
- قطاع الخدمات .

٢ - هيئات الرقابة والتحقيق :

كما استطلعنا رأى بعض العاملين بالجهات المطلعة على أحوال القطاع العام . وهى تلك التى تتولى أمر هذا القطاع من حيث جمع المعلومات والمشورة والتحقيق والمحاكمة . وهذه الجهات هى :

- الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء .
- الجهاز المركزى للتنظيم والادارة .
- الجهاز المركزى للمحاسبات .
- هيئة الرقابة الادارية .
- هيئة النيابة الادارية .
- هيئة النيابة العامة .
- مجلس الدولة .

٣ - جمهور المواطنين :

وقد أخذنا كذلك رأى مجموعة من المواطنين من فئات مختلفة فى مشكلة الاعتداء على مال القطاع العام . وذلك لأن جمهور المواطنين هم المستفيدون فى نهاية الأمر سواء بطريق مباشر أم غير مباشر من الاداءات التى يقدمها القطاع العام . وهم لا شك يشعرون بكثير مما يدور بهذا القطاع من مخالفات سيما فى اطار المسائل التى يحدث بشأنها اتصال بين الجمهور ووحدات القطاع

العام . ومن ناحية أخرى فان بعض أفراد الجمهور يساهم بوسيلة أو بأخرى فى الاعتداء على مال هذا القطاع .

٤ ـــ الباحثون فى علم الادارة :

وأخيراً أخذنا رأى نفر من الباحثين فى مجال الادارة العامة فى مشكلة الاعتداء على مال القطاع العام . ولا شك فى الأهمية الكبيرة لآراء الباحثين والعلماء نظراً لما يتصفون به فى مجال دراستهم من المعرفة ووضوح الرؤية، فضلا عن الموضوعية بما تتضمن من تجنب للاعتبارات الشخصية ومعالجة للأمور بحياد لا يعرف العاطفة .

نقاط البحث فى المشكله :

ولدراسة مشكلة الاعتداء على مال القطاع العام دراسة علمية متكاملة رأينا وجوب تغطية النقاط الخمس التالية :

النقطة الأولى :

هى التحقق من وقوع الاعتداء على مال القطاع العام . فنقطة البداية فى علاج أى داء هى كشف هذا الداء بصراحة رغم ما تنطوى عليه الحقيقة أحياناً من مرارة . أما اخفاء الداء أو محاولة التهرب منه رغم وجوده فلا يزيده الا استفحالا .

والنقطة الثانية :

هى تحديد المعتدين على مال القطاع العام وهل هم العاملون فيه أم جمهور الأفراد المنتفعين به .

والنقطة الثالثة :

هى بيان كيفية وقوع الاعتداء على مال القطاع العام أو الطرق التى تتبع لتحقيق هذا الاعتداء .

والنقطة الرابعة :

هى كشف أسباب وقوع الاعتداء على مال القطاع العام . فعلاج أى مشكلة لا يتأتى الا بالكشف عن أسبابها . ولا عجب فى ذلك وعلاقة السببية هى أهم علاقة عرفها الانسان وسيظل يبحث عنها ما بقى حياً .

والنقطة الخامسة

هى البحث عن علاج المشكلة بتحديد وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام . وهنا يكمن هدف البحث .

صعوبه استطلاع الرأى :

ان الحصول على المعلومات المتعلقة بأجهزة الدولة واللازمة للبحث العلمى لدينا يعد من الأمور الصعبة التى عادة ما تحاط بستار من الشك وطول الاجراءات يكاد يفقد هذه المعلومات أهميتها بعد الحصول عليها . خاصة وأن التحقق من صحة ودقة هذه المعلومات يعد أشق وأصعب من الحصول عليها .

وقد نصت المادة الثانية من القرار الوزارى رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقرار الوزارى رقم ٢٣١ لسنة ١٩٦٨ بشأن اجراء الاحصاءات والتعدادات والاستفتاءات والاستقصاءات على أنه «لا يجوز لأى جهة فى الحكومة أو القطاع العام أو الخاص اجراء أى احصاءات أو تعدادات أو استفتاءات خلاف ما نص عليها فى المادة الأولى من هذا القرار (وهى المقررة ضمن برنامج الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء) الا بعد الحصول على قرار كتابى من الجهاز .. يتضمن الموافقة على الاجراء ويحدد فيه ما يجب اجراؤه منها ومواعيد وطرق اجرائها ونشرها ونشر نتائجها ».

وتنص المادة الثالثة من القرار المذكور على أن «تعتبر مخالفة لأحكام القانون ٣٥ لسنة ١٩٦٠ بشأن الاحصاء والتعداد كل اجراء يتم بالمخالفة لأحكام المادة ٢,١ من هذا القرار» .

وقد قضت المادة الرابعة من القانون سالف الذكر بأنه «يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بأحدى هاتين العقوبتين :

١ —
٢ —
٣ —
٤ — كل من نشر احصاءات أو تعدادات أو نتائج استفتاء غير صحيحة مع علمه بذلك ».

ونرى أن نص المادة الثانية من القرار الوزارى رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٨ قد خانه التوفيق فيما ذهب اليه من تجريم اجراء الاحصاءات و التعدادات والاستفتاءات والاستقصاءات حتى فى حالات البحث العلمى دون سبق الحصول على إذن كتابى بذلك من الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء وذلك ليس فقط من وجهة نظر القانون وانما أيضاً من ناحية الواقع .

فمن الناحية القانونية نجد أن القرار الجمهورى رقم ٢٩١٥ لسنة ١٩٦٤ بشأن انشاء وتنظيم الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء ينص فى مادته العاشرة على أن «الاحصاءات الغير مقررة ضمن برامج الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء لا يجوز نشرها الا بموافقة الجهاز» والنص كما هو واضح لا يتعلق الا بالاحصاءات ولم يتعرض للاستفتاءات أو الاستقصاءات. أما القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٠ فلم يجرم بالنسبة للاستفتاء سوى نشر نتائج غير صحيحة مع العلم بذلك . أما اجراء استفتاء أو نشر نتائج استفتاء صحيحة أو اجراء استقصاء فانه يخرج من اطار التجريم .

ومعنى ذلك أن القرار الوزارى رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٨ باحالته إلى العقوبات المنصوص عليها فى القانون سالف الذكر فيما يتعلق بمخالفة أحكام مادتيه الأولى والثانية يكون قد جرم أفعالا جديدة لم يرد ذكرها فى أى قانون . وفى ذلك مخالفة لحكم المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية

لسنة ١٩٧١ التى تنص على أن «لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون» . فضلا عن نص المادة ٤٩ من الدستور الذى يقضى بأن «تكفل الدولة للمواطنين حرية البحث العلمى» . والمادة ٤٨ التى تنص على حرية النشر .

ومن الناحية الواقعة فان وجوب استئذان الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء قبل اجراء أى استقصاء حتى وان قامت به احدى هيئات البحث العلمى فى داخل الدولة لا يتفق وتشجيع البحث العلمى الذى يعتبر هدفاً أساسياً يجب السعى اليه . وذلك لأن تعقيد الاجراءات وطول انتظار الأذن المطلوب يعرقل البحث ويقتل روح الحماس لدى القائمين به . كما أن هيئات البحث العلمى فى الدولة يفترض فيها الدقة والثقة . ولا شك أن كشف الحقائق ونشرها على الناس أفضل من تزييفها أو اخفائها حتى تستفحل عللها.

ومع ذلك فقد قدمنا طلباً إلى الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء فرع الاسكندرية فى النصف الثانى من ابريل عام ١٩٧٣ مرفقاً به خطاب تأييد من السيد عميد كلية الحقوق وصورة من أستمارة البحث المراد اجراؤه فبعث الجهاز بكتاب مؤرخ فى ٣ يونيه من نفس العام وموجه إلى السيد عميد الكلية نورد فيما يلى صورة منه :

الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء
فرع الجهاز بالاسكندرية

السيد الأستاذ الدكتور عميد كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

تحية طيبة وبعد :

بالاشارة إلى كتاب سيادتكم الوارد الينا بكتاب الجهاز المركزى للتنظيم والادارة رقم ٢ المؤرخ فى ١٩٧٣/٤/٢٨ بشأن طلب الموافقة على قيام السيد الدكتور ماجد الحلو مدرس الادارة بالكلية باجراء بحث موضوعه الاعتداء على أموال القطاع العام .

الرجا التكرم بالتنبيه بموافاتنا بالبيانات الآتية :

١ ــ اطار البحث .
٢ ــ اسماء المصانع التى سيجرى عليها الاستقصاء .
٣ ــ حجم العينة المختارة داخل كل مصنع من العاملين الذين سيتم اجراء الاستقصاء عليهم .
٤ ــ الفترة الزمنية المحددة لاجراء هذه الدراسة .
٥ ــ اقرار يفيد موافقة الكلية على دفع تكاليف نشر القرار اللازم فى هذا الشأن فى الوقائع المصرية . حتى يمكن النظر فى طلب الموافقة على اجراء البحث .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ، توقيع
مدير فرع الجهاز بالاسكندرية

وأمام عدم سهولة الحصول على موافقة الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء وبطء اجراءاته ونظراً للشك فى مشروعية القرار رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل بشأن اجراء الاحصاءات والتعدادات والاستفتاءات والاستقصاءات ، فقد فكرنا فى تحوير البحث لتفادى عملية استطلاع الرأى ومضينا فى العمل على هذا النحو بضعة شهور . غير أننا تبينا فى النهاية ضرورة اجراء الاستقصاء حتى يكون البحث أكثر دقة وواقعية . لذلك ارسلت كلية الحقوق كتاباً إلى الجهاز بتاريخ ٢٦ يناير عام ١٩٧٤ لطلب الاذن باجراء الاستقصاء . وفى ١٩ فبراير من نفس العام صدر قرار الجهاز الذى نورد فيما يلى صورة له :

قرار رئيس الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٤ فى شأن قيام السيد الدكتور ماجد الحلو ــ المدرس بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية ــ باجراء بحث فى موضوع « الاعتداء على مال القطاع العام » .

رئيس الجهاز

ــ بعد الاطلاع على القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الاحصاء والتعداد .

– وعلى قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٩١٥ لسنة ١٩٦٤ الخاص بانشاء وتنظم الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء .

– وعلى قرار رئيس الجهاز رقم ٢٣١ لسنة ١٩٦٨ بشأن اجراء الاحصاءات والتعدادات والاستفتاءات والاستقصاءات .

– وعلى كتاب كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية رقم ٢٦١ بتاريخ ١٩٧٤/١/٢٦ .

قـــرر

مادة ١ – يقوم السيد الدكتور ماجد الحلو – مدرس بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية–باجراء بحث فى موضوع «الاعتداء على مال القطاع العام»

مادة ٢ – تجمع البيانات اللازمة لهذا البحث من عينة من شركات القطاع العام بمدينة الاسكندرية .

مادة ٣ – يجرى هذا البحث فى خلال شهر من تاريخ صدور هذا القرار .

مادة ٤ – تجمع البيانات اللازمة لهذا البحث طبقاً للاستمارة المعدة لهذا الغرض والمعتمدة من الجهاز المركزى للتعبئة العامة والاحصاء .

مادة ٥ – ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية .

توقيع
جمال عسكر

وقد اجرينا عدة مقابلات شخصية مع عدد من المسئولين فى الادارات المعنية للمعاونة فى معالجة استمارات البحث . غير أن استطلاع الرأى حول المشكلة لم يكن فى الغالب يقابل بالترحاب . وذلك نظراً لحساسية مشكلة الاعتداء على مال القطاع العام فضلا عن ارتباطها بجرائم يعاقب عليها القانون.

لذلك ورغم تجهيزنا لعدد كبير من استمارات البحث فقد اكتفينا بملء مائة استمارة منها فقط ، مع مراعاة حسن توزيعها كعينة حتى تنبىء عن

الحقيقة بشكل أدق . وقد وزعنا هذا العدد من الاستمارات على أصحاب الرأى فى المشكلة على النحو التالى :

– العاملون فى القطاع العام	٤٠ استمارة
– هيئات الرقابة والتحقيق	٤٠ استمارة
– جمهور المواطنين	١٠ استمارات
– الباحثون فى علم الادارة	١٠ استمارات
المجموع	١٠٠ استمارة

وقد قمنا بتوزيع الاستمارات على أصحاب الرأى بهذه النسب ٤ : ٤ : ١ : ١ نظراً لاعتبارات علمية وعملية :

– فبالنسبة للعاملين فى القطاع العام جعلت لهم ٤٠٪ من عدد الاستمارات بالنظر إلى كونهم يعيشون فى ميدان المشكلة موضوع البحث . وقد راعيت فى توزيعها عليهم تغطية كافة المستويات من أعلى السلم الادارى إلى أسفله كما عنيت بتوزيع بعض الاستمارات على المحققين فى الادارات نظراً لاتصال عملهم بجوهر البحث .

– وبالنسبة لهيئات الرقابة والتحقيق خصصنا لها هى الأخرى ٤٠٪ من عدد الاستمارات . وذلك لأن هذه الهيئات بحكم وظائفها تطلع على غير القليل من المعلومات والمخالفات المالية التى تقع فى ادارات القطاع العام .

– أما عن الجمهور المستفيد من خدمات القطاع العام فلا شك أنه يتأثر بمشاكل هذا القطاع وقد يشارك فى جرائمه المالية أو يقع ضحية لها . ولكننا خصصنا للجمهور ١٠٪ فقط من عدد استمارات البحث نظراً لما تنطوى عليه من أمور فنية قد يكون من الصعب عليه ادراكها .

– وأخيراً فان تخصص وحسن ادراك باحثى الادارة وعلمائها كان يقتضى أن تخصص لهم نسبة أكبر من ١٠٪ من استمارات البحث ، ولكن ندرتهم هى التى حالت دون ذلك .

وقد قدرنا أن مساهمة هذه الفئات الأربعة فى الأمر بهذه النسب يمكن أنّ يعطى رأياً متكاملا فى المشكلة موضوع البحث .

صورة استمارة الاستقصاء

جامعة الاسكندرية

كلية الحقوق

قسم القانون العام

استطلاع رأى حول مشكلة الاعتداء على مال القطاع العام

يفيدنا كثيراً معرفة رأيك الشخصى تجاه مشكلة الاعتداء على مال القطاع العام . وبمقدار صراحتك وجديتك فى الاجابة تكون مساهمتك فى انجاح بحث لا شك فى أهمية موضوعه . وضماناً لحرية الرأى ورفعا للحرج فان ذكر الاسم ليس مطلوباً .

وشكراً لك .

دكتور ماجد الحلو

بيانات خاصة بمالىء الاستمارة

(ليس من اللازم تحديد البيانات بطريقة تكشف عن شخصية صاحبها)

- العمل أو الوظيفة :
- جهة العمل :
- المستوى الوظيفى :
- المؤهل ان وجد :

الرجا وضع علامة (صح) على ما تراه صحيحاً مما يلى ، وفى حالة تعدد عناصر الاجابة الا جا اعطاء الرقم (١) للعنصر الأكثر أهمية ثم الرقم (٢) لما يليه أهمية وهكذا .

(أولا) وقوع الاعتداء على مال القطاع العام :

- لا يقع اعتداء على مال القطاع العام .
- أحياناً يقع اعتداء على مال القطاع العام .
- غالباً يقع اعتداء على مال القطاع العام .

(ثانياً) مرتكبو الاعتداء على مال القطاع العام :

- بعض أفراد الجمهور .
- بعض العاملين فى القطاع العام (الرجا وضع الأرقام حسب الأهمية) :
  - فى المستويات العليا بالادارة .
  - فى المستويات المتوسطة بالادارة .
  - فى المستويات الدنيا بالادارة .

(ثالثاً) طرق الاعتداء على مال القطاع العام :

(رقم الأهمية)

- الاختلاس .
- الاستيلاء والسرقة .
- الرشوة للقيام بواجبات العمل أو الاخلال بها .
- اتلاف الأموال .
- الاهمال فى أداء العمل .
- طرق أخرى (الرجا الايضاح) .

(رابعاً) أسباب الاعتداء على مال القطاع العام :

(رقم الأهمية)

- ضعف الرقابة .
- القدوة السيئة من جانب المسئولين والقادة .
- عدم الحزم فى معاقبة المعتدين على مال القطاع العام جنائياً وادارياً .
- انخفاض مرتبات العاملين .

- انحطاط المستوى الاخلاقى لبعض العاملين .
- عدم الشعور بالمصلحة العامة .
- عدم الرضا عن المعاملة داخل العمل .
- زيادة عدد العاملين عن الحد المطلوب فى كل وحدة .
- أسباب أخرى (الرجا الايضاح) .

(خامساً) وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام :
(رقم الأهمية)

- تشديد الرقابة .
- الحزم فى معاقبة المعتدين على مال القطاع العام .
- زيادة أجور العاملين .
- زيادة اشتراك العاملين فى الأرباح .
- تمليك المشروعات للعاملين فيها .
- القدوة الحسنة من جانب المسئولين .
- ديموقراطية الادارة .
- اقامة علاقات انسانية سليمة داخل العمل .
- زيادة الاهتمام بالنواحى الاخلاقية .
- وسائل أخرى (الرجا الايضاح) .

(سادساً) اذكر بايجاز وصراحة ما قد يكون لديك من تعليقات أخرى فيما يتصل بالاعتداء على مال القطاع العام .

الفصل الثانى
نتيجة استطلاع الرأى

قمنا بتفريغ استمارات استطلاع الرأى فى عدد من الجداول التوضيحية وراعينا فى تركيبها الاعتبارات الآتية :

– كل صوت يأخذ عدداً من الدرجات بالنسبة لكل اختيار يعادل رقم أولويته . وذلك باستثناء الأصوات المتعلقة بوقوع الاعتداء على مال القطاع العام والمبينة بالجدول الأول ، لأن المطلوب فيها ليس هو ترتيب اختيارات حسب أهميتها وانما اختيار واحد فقط من بدائل ثلاث .

– رقم الأولوية (١) يأخذ من الدرجات ما يساوى عدد الاختيارات أو العناصر المطلوب ترتبها حسب أهميتها ، ورقم الأولوية (٢) يأخذ أقل درجة .. وهكذا . فاذا كان عدد الاختيارات هو خمسة مثلا فان الدرجات توزع على النحو التالى :

الاختيار الأول	:	٥ درجات
الاختيار الثانى	:	٤ درجات
الاختيار الثالث	:	٣ درجات
الاختيار الرابع	:	درجتان
الاختيار الخامس	:	درجة واحدة

ونورد فيما يلى الجداول التوضيحية المستخلصة من استطلاع الرأى فى نقاطه المختلفة .

(أولا) وقوع الاعتداء على مال القطاع العام

جدول رقم (١)

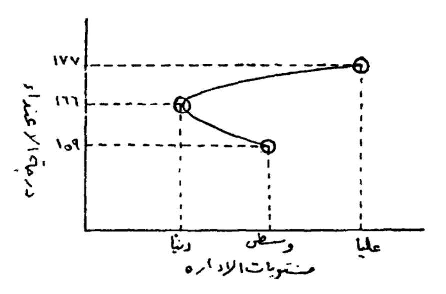
بيان وقوع الاعتداء

رقم الأولوية	مدى وقوع الاعتداء على مال القطاع العام	عدد الأصوات	النسبة المئوية من مجموع
١	غالباً يقع اعتداء على مال القطاع العام	٧٩	٧٩٪
٢	أحياناً يقع اعتداء على مال القطاع العام	٢١	٢١٪
٣	لا يقع اعتداء على مال القطاع العام	صفر	صفر٪
	المجموع	١٠٠٪	١٠٠٪

جدول رقم (٣)

بيان مستويات المعتدين من العاملين

رقم الأولوية	مستوى العاملين	عدد الدرجات	النسبة المئوية من مجموع الدرجات
١	ادارة عليا	١٧٧	٣٥,٢٦٪ تقريباً
٢	ادارة دنيا	١٦٦	٣٣,٠١٪ تقريباً
٣	ادارة وسطى	١٥٩	٣١,٧٣٪ تقريباً
	المجموع		١٠٠,ـــ٪



منحنى الاعتداء على مال القطاع العام فى مستويات الادارة

يبين المنحنى درجة الاعتداء على مال القطاع العام فى مستويات الادارة المختلفة . ويمثل المحور السينى أو الأفقى مستويات الادارة الدنيا والوسطى والعليا . بينما يمثل المحور الصارى أو الرأسى درجة الاعتداء . ويلاحظ ان درجة الاعتداء تصل إلى قمتها وهى ١٧٧ درجة ،فى مستوى الادارة العليا . وتنخفض الدرجة إلى ١٦٦ فى مستوى الادارة الدنيا . ثم تهبط إلى ١٥٩ درجة فى مستوى الادارة الوسطى .

(ثانياً) مرتكبو الاعتداء على مال القطاع العام

جدول رقم (٢)

بيان المعتدين من العاملين والجمهور

رقم الأولوية	المعتدون على مال القطاع العام	عدد الأصوات	النسبة المئوية من مجموع الأصوات	عدد الدرجات حسب الأولوية	النسبة المئوية من مجموع الدرجات
١	بعض العاملين فى القطاع العام وحدهم	٥٢	٥٢٪		
٢	بعض العاملين وبعض أفراد الجمهور	٤٨	٤٨٪		
٣	بعض أفراد الجمهور وحدهم	صفر	صفر٪		
١	بعض العاملين وحدهم أو مع غيرهم	٥٢+٤٨=١٠٠	١٠٠٪	١٠٠×٢=٢٠٠	٨٠,٦٥٪
٢	بعض أفراد الجمهور وحدهم أو مع غيرهم	٤٨+صفر=٤٨	٤٨٪	٤٨×١=٤٨	١٩,٣٥٪
	المجموع			٢٤٨	١٠٠,—٪

يلاحظ أن جميع من قال باعتداء بعض أفراد الجمهور على مال القطاع العام قد وضع هذا الاختيار فى المرتبة الثانية بعد العاملين فى القطاع العام لذلك فان عدد الأصوات هو نفس عدد الدرجات لأن الاختيار الثانى بين عنصرين يأخذ درجة واحدة لكل صوت ١×٤٨=٤٨ درجة .

(ثالثاً) طرق الاعتداء على مال القطاع العام

جدول رقم (٤)

بيان طرق الاعتداء

رقم الأولوية	طريقة الاعتداء	عدد الدرجات	النسبة المئوية من مجموع الدرجات
١	الاختلاس	٣٥١	٢٥,٨٦٪
٢	الرشوة	٣٤١	٢٥,١٣٪
٣	الاهمال فى أداء العمل	٢٧٩	٢٠,,٥٦٪
٤	الاستيلاء والسرقة	٢٢٤	١٦٥١٪
٥	اتلاف الأموال	١٦٢	١١,٩٤٪
	المجموع	١٣٥٧	١٠٠,—٪

(رابعاً) أسباب الاعتداء على مال القطاع العام

جدول رقم (٥)

بيان أسباب الاعتداء

رقم الأولوية	سبب الاعتداء	عدد الدرجات	النسبة المئوية من مجموع الدرجات
١	انحطاط الاخلاق	٥٦٨	١٥,٨٨٪ تقريباً
٢	القدوة السيئة	٥٤٤	١٥,٤٧٪ تقريباً
٣	انخفاض المرتبات	٥٤٠	١٥,٠٨٪ تقريباً
٤	عدم الشعور بالمصلحة العامة	٥٢٥	١٤,٦٦٪ تقريباً
٥	عدم الحزم فى معاقبة المعتدين	٤٨٤	١٣,٥٢٪ تقريباً
٦	ضعف الرقابة	٤٦٣	١٢,٩٣٪ تقريباً
٧	عدم الرضا عن المعاملة	٢٥٣	٧,٠٧٪ تقريباً
٨	زيادة عدد العاملين	١٩٣	٥,٣٩٪ تقريباً
	المجموع	٣٥٨٠	١٠٠,٠٠٪

(خامساً) وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام

جدول رقم (٦)

وسائل منع الاعتداء

رقم الأولوية	وسيلة الاعتداء	عدد الدرجات	النسبة المئوية من مجموع الدرجات
١	الحزم فى معاقبة المعتدين	٦٨٧	١٦,٢٥٪ تقريباً
٢	زيادة الأجور	٦٢٢	١٤,٧١٪ تقريباً
٣	تشديد الرقابة	٥٨٢	١٣,٧٧٪ تقريباً
٤	الاهتمام بالاخلاق	٤٨٤	١١,٤٥٪ تقريباً
٥	تحسين العلاقات الانسانية	٤٦٥	١١,—٪ تقريباً
٦	ديموقراطية الادارة	٣٧٣	٨,٨٢٪ تقريباً
٧	زيادة حوافز الانتاج	٣٧١	٨,٧٨٪ تقريباً
٨	القدوة الحسنة	٣٦٨	٨,٧١٪ تقريباً
٩	تمليك المشروعات للعاملين فيها	٢٧٥	٦,٥١٪ تقريباً
	المجموع	٤٢٢٧	١٠٠,—٪

الباب الثانى

تحليل استطلاع الرأى

بعد عرض استطلاع الرأى وتجميع نتائجه فى صورة مبسطة نوالى فيما يأتى تحليل هذه النتائج فى محاولة للوقوف على حقيقة كل جانب من جوانب المشكلة . وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول : وقوع الاعتداء على مال القطاع العام

الفصل الثانى : مرتكبو الاعتداء على مال القطاع العام

الفصل الثالث : طرق الاعتداء على مال القطاع العام

الفصل الرابع : أسباب الاعتداء على مال القطاع العام

الفصل الخامس : وسائل منح الاعتداء على مال القطاع العام .

الفصل الاول

وقوع الاعتداء على مال القطاع العام

يتضح من الجدول رقم (١) الذى يبين الرأى فى قوع الاعتداء على مال القطاع العام أن الغالبية الساحقة أو ما يقرب من أربعة أخماس الأصوات وعلى وجه التحديد ٧٩٪ من الأصوات تقرر أن الاعتداء غالباً ما يقع على مال القطاع العام . أما بقية الأصوات وهى ٢١٪ منها فترى أن الاعتداء على هذا المال يقع أحياناً ، أى فى بعض الأحوال وليس فى أغلبها .

ومن ذلك يمكن استنتاج الأمور الآتية :

١ ـ يوجد اجماع تام من جانب كل المتصلين بالقطاع العام على وقوع الاعتداء على مال هذا القطاع . إذ أن أحداً لم يقل بعدم وقوعه على الاطلاق

٢ ـ طبقاً لقانون الأغلبية فان الاعتداء على مال القطاع العام يقع غالباً ، إذ هذا هو رأى الغالبية العظمى التى تزيد على نصف عدد الأصوات

بكثير . ومعنى غالباً أن الاعتداء يقع فى أكثر الأحوال . أى أن وقوع الاعتداء شائع فى رأى أصحاب الشأن فى القطاع العام .

٣ – وهكذا يعترف أولى الرأى فى القطاع العام – من عاملين ورجال رقابة وتحقيق وأفراد جمهور وباحثين – بوقوع الاعتداء على مال القطاع العام رغم ما قد يتضمن ذلك من مساس بهم أو بالطوائف التى يمثلونها . وهذا أمر طيب يدعو إلى الأمل، حيث أن الاعتراف بالحق فضيلة ، والاقرار بالذنب يفتح باب التوبة والوقوف على المشكلة يعد بشيراً بامكان حلها .

الفصل الثانى

مرتكبو الاعتداء على مال القطاع العام

يتضح من الجدول رقم (٢) الذى يبين الرأى فى مرتكبى الاعتداء على مال القطاع العام أن هناك اجماع كامل على أن الاعتداء يقع من جانب بعض العاملين فى القطاع العام . إذ أن ١٠٠٪ من الأصوات تؤيد ذلك وتضعه فى المقام الأول . ولكن الآراء انقسمت حول ما إذا كان الاعتداء يقع من العاملين وحدهم ويحظى هذا الرأى بتأييد ٥٣٪ من الأصوات ، أو أن الاعتداء يقع من العاملين ومن بعض أفراد الجمهور أيضاً وينال هذا الرأى ٤٨٪ منها . أما وقوع الاعتداء من جانب بعض أفراد الجمهور وحدهم فلم يقل به أحد .

ويتضح من الجدول رقم (٣) الذى يبين مستويات المعتدين من العاملين ان الاعتداء على مال القطاع العام يقع من جميع المستويات بنسب غير متباعدة، وان الاعتداء يقع فى المقام الأول من جانب المستويات العليا فى الادارة ، يلى ذلك المستويات الدنيا وأخيراً المستويات الوسطى فيها . ويظهر ذلك جلياً فى الرسم البيانى اللاحق للجدول رقم (٣) .

ومن ذلك نستنتج الأمور الآتية :

(أولا) بالنسبة للعاملين فى القطاع العام

ينعقد الاجماع على وقوع الاعتداء على مال القطاع العام من جانب العاملين فى هذا القطاع . كما ينعقد الاجماع على أن هذا الاختيار له الأهمية الأولى فيأتى فى المرتبة قبل الاختيار الآخر المتعلق باعتداء أفراد الجمهور على مال القطاع العام .

أما من حيث بيان مستويات المعتدين من العاملين فى القطاع العام وأهمية دور كل مستوى فى وقوع الاعتداء على أموال هذا القطاع فيتضح ما يلى :

١ — العاملون فى مستوى الادارة العليا :

يعتبر العاملون فى مستويات الادارة العليا فى القطاع العام أكثر اعتداء على مال هذا القطاع من غيرهم من المستويات حيث أنهم حصلوا على ١٧٧ من ٥٠٢ درجة ، أى ما يعادل نسبة ٢٥,٢٦٪ من مجموع الدرجات . وهذا يعنى — مع الأسف — ان دور كبار العاملين الذين يجب أن يكونوا قدوة حسنة لمن سواهم من العاملين وأعينا للرقابة عليهم يأتى فى المرتبة الأولى من حيث الاعتداء على مال القطاع العام . ولعل ذلك يرجع أساساً إلى أن كبار العاملين وهم القادة الاداريين فى هذا القطاع يتمتعون بقدر من السلطة والنفوذ يساعدهم على الاعتداء على مال القطاع العام وييسر لهم اخفاء هذا الاعتداء وذلك ليس فقط عن طريق التستر على عناصر كشفه وانما أيضاً بمحاولة التأثير على محققى الادارة حتى يتجنبوا الخوض فيما قد يؤدى إلى مسئولية رؤوس الادارة وكبرائها . فالسلطة فى ايدى ذوى النفوس الضعيفة يساء استعمالها وتتخذ سلاحاً لابتزاز الأموال . ولا يثنى المعتدين عن اعتدائهم وفرة دخولهم أو ارتفاع مستوى معيشتهم ، بل ولا حتى غناهم ، مما يؤكد ان الغنى الحقيقى انما هو غنى النفس الذى بدونه يكون طالب المال كالشارب من ماء البحر كلما شرب منه كلما ازداد عطشاً . وهنا يبلغ المعتدى مبلغاً من الرذيلة كبير ، لأن دافعة إلى سلب ما ليس له من المال ليس هو العوز

أو الفاقة وانما هو الطمع وعدم الرضا . وصدق رسول الله (١) دائماً وحين يقول «لو كان لابن آدم واديان من مال لابتغى ثالثاً ، ولا يملأ جوف ابن آدم الا التراب ، ويتوب الله عه من تاب» (٢) .

٢ — العاملون فى مستوى الادارة الدنيا :

يأتى العاملون فى المستويات الدنيا من الادارة فى المرتبة الثانية من حيث الاعتداء على مال القطاع العام . حيث انهم حصلوا على ١٦٦ من ٥٠٢ درجة وهذا يعادل ٣٣,٠١٪ من مجموع الدرجات تقريباً .

وتأتى خطورة الاعتداء الواقع من صغار العاملين فى القطاع العام من ضخامة عددهم بالمقارنة بمستويات الادارة الأخرى . إذا أن مقدار الاعتداء الواقع من هذه الفئة يكون كبيراً ولو قلت قيمة الاعتداء الواقع من كل معتد منها بالنظر إلى كثرتها العددية .

(١) ان الكلام عن الله ورسوله فى مجال بحث علمى لا يتنافى مع الموضوعية فى البحث . وذلك لأن البراهين العلمية على وجوده تعالى قد كشفت عن نفسها فى كافة المجالات . ولنكتفى بذكر احد هذه البراهين فى مجال علم الادارة الذى نحن بصدده فى هذا البحث . فمن القواعد العلمية التى اثبتتها التجربة فى هذا المجال قاعدة وحدة الرئاسة والتوجيه ، ومفادها ان لكل منظمة منظم أعلى واحد . فاذا طبقنا هذه القاعدة على المنظمة الكونية وجدنا ان المنطق يفرض علينا التسليم بوجود المنظم الأعظم الذى يدير هذا الكون من الذرة إلى المجرة بدرجة من الدقة والحكمة تفوق ادراك الانسان . ولزيادة الايضاح نصيغ هذا الدليل صياغة منطقية فى صورة قضيتين نستنتج منهما قضية ثالثة بطريقة لا ريب فيها :

القضية الأولى : لكل منظمة منظم أعلى واحد

القضية الثانية : الكون منظمة

النتيجة : للكون منظم أعلى واحد

أما الرسول صلى الله عليه وسلم فيكفى فى اثبات نبوته اعجاز القرآن الذى آتى به وهو رجل أمى . هذا الاعجاز الذى يتجدد مع الزمن ، ويكشف كل يوم من معانى الآيات ما يؤكد انه من عند الله الخالق البارىء . ويرجع فى تفصيل ذلك إلى الكتب الحديثة فى التفسير وبيان اعجاز القرآن (راجع على وجه الخصوص مؤلف الدكتور محمد جمال الدين الفندى : الكون بين العلم والدين) .

(٢) البخارى .

ويقول الله تعالى فى معرض حديثه عن احد عتاه الطاغين فى عهد الرسول عليه السلام وهو الوليد بن المغيرة «ذرنى ومن خلقت وحيداً ، وجعلت له مالا ممدوداً ، وبنين شهوداً ، ومهدت له تمهيداً ثم يطمع ان ازيد كلا انه كان لآياتنا عنيداً» الآيات من رقم ١١ إلى رقم ١٦ من سورة المدثر .

وكثيراً ما يرجع اعتداء صغار العاملين على مال القطاع العام إلى الفقر والحاجة إلى مواجهة تكاليف المعيشة المتزايدة . غير أن بعض العاملين يبدأون بالاعتداء على المال لشدة الحاجة وضيق ذات اليد ثم لا يلبثون أن يستمرئوا الرذيلة وتأخذهم نشوة المال فيعملون على الاستزادة منه طلباً للغنى . وقد حدث عملا ان أصبح بعض قدامى الكتبة والسعاة من أصحاب العمارات وسيارات الأجرة بغير سبب مشروع .

٣ — العاملون فى مستوى الادارة الوسطى :

ويشير الاستقصاء إلى أن أقل مستويات الادارة اعتداء على مال القطاع العام هو مستوى الادارة الوسطى . إذ حصل العاملون فيه على ١٩٥ من ٥٠٢ درجة ، أى ما يعادل نسبة ٣٤١,٧٣٪ من مجموع الدرجات وهى أقل نسبة فى مستويات الادارة الثلاثة .

وهذا يدل على أن خير الأمور الوسط إذا كان لنا أن نعتبر من الخيار أقل الناس شراً . غير أن ذلك يفسر فى حقيقة الأمر بأن العاملين فى مستوى الادارة الوسطى ليس لديهم من السلطة والنفوذ ما يساعدهم على الاعتداء على أموال العمل وستر هذا الاعتداء كما هو شأن العاملين فى المستوى الأعلى من ناحية ، كما أنهم من ناحية أخرى يحصلون على مرتبات أكبر من مرتبات العاملين فى المستوى الأدنى من الادارة فلا تشتد حاجتهم إلى مد أيديهم إلى ما ليس لهم من مال .

(ثانياً) بالنسبة لبعض أفراد الجمهور :

أما دور بعض أفراد الجمهور فى الاعتداء على مال القطاع العام فيأتى فى المرتبة الثانية بعد العاملين فى القطاع العام على اختلاف مستوياتهم . وتقل أهمية هذا الدور عن خمس أهمية دور العاملين فى الاعتداء على أموال هذا القطاع .

فقد جاء وزن اعتداء العاملين يعادل ٢٠٠ درجة بينما وزن اعتداء الجمهور يعادل ٤٨ درجة فقط . غير أن هذا لا يعنى الاستهانة بدور

بدور الجمهور فى الاعتداء على مال القطاع العام . فمن ناحية كثيراً مايشترك بعض الأفراد من غير العاملين بالقطاع العام مع بعض العاملين فيه. للقيام بعمليات اجرامية موحدة تقع على أموال هذا القطاع . ومن ناحية أخرى فان لأفراد الجمهور دور متميز فى الاعتداء على أموال القطاع العام يتمثل على وجه الخصوص فى سرقتها واتلافها . فكم من مرة سطى بعض المجرمين على مخازن الشركات العامة ومستودعاتها فسرقوا ما استطاعوا من محتوياتها ، وان كان ذلك غالباً ما يقع بتواطىء من بعض العاملين الذين يقدمون المعلومات اللازمة عن الأموال المراد سرقتها أو يتقاعسون عمداً عن حراستها . وكم من مرة أتلف الجمهور أدوات القطاع العام من منقولات وعقارات تخدم مصالحة . فشركات النقل البرى على سبيل المثال تشكو من تمزيق مقاعد سياراتها بآلات حادة بواسطة الركاب رغم أنهم هم المنتفعون بها .

الفصل الثالث

طرق الاعتداء على مال القطاع العام

يتضح من الجداول رقم (٤) المتعلق بطرق الاعتداء على مال القطاع العام ان هذه الطرق متعددة ويأتى ترتيبها حسب أهميتها على النحو التالى :

١ ــ الاختلاس .

٢ ــ الرشوة .

٣ ــ الاهمال فى أداء العمل .

٤ ــ الاستيلاء والسرقة .

٥ ــ اتلاف الأموال .

واضاف للبعض إلى هذه الطرق الواردة باستمارة الاستبيان طريقتين أخرين هما :

– الحصول على ارباح وهمية .

– التمارض .

ونتحدث فيما يلى عن كل من هذه الطرق .

١ – الاختلاس

ويقصد بالاختلاس هنا استيلاء أحد العاملين على مال من أموال القطاع العام فى عهدته أو مسلم اليه بسبب عمله . وقد احتل الاختلاس فى هذا الاستقصاء المكان الأول فحصل على ٣٥١ من ١٣٥٩ درجة ، أى ٢٥,٨٦٪ من مجموع الدرجات . وبذلك يعتبر الاختلاس أهم طرق الاعتداء على مال القطاع العام (١) . ولعمل ذلك يرجع إلى أن المال فى حالة الاختلاس يكون تحت يد العامل فى عهدته أو مسلم اليه بمناسبة عمله ، فيسهل عليه أخذه لنفسه ، والمفروض انه هو الذى يصونه ويحافظ عليه .

ومن الأمثلة العملية للاختلاس :

– أمين المخزن الذى يختلس من الأموال الموضوعة بالمخزن الذى يتولى أمره . ويساعد على ذلك أن وظيفة أمين المخزن رغم أهميتها لا يقوم بها فى الغالب الا أحد صغار الموظفين غير المؤهلين تاهيلا كافياً فلا يتقاضى الا مرتباً زهيداً رغم ما تحت يده من أموال كبيرة القيمة . وقد يكون من ضعاف الاخلاق المغضوب عليهم والمنقولين من وظائف أخرى .

– المحصل الذى يختلس من الأموال التى حصلها لحساب جهة العمل التى يتبعها .

– الصراف الذى يختلس من الأموال الموضوعة تحت يده لتسليمها إلى مستحقيها .

---

(١) راجع المادة ١١٢ والمادة ١١٣ مكرر من قانون العقوبات .

– سائق سيارة القطاع العام الذى يختلس البضائع التى يكلف بنقلها أو يستبد لها ببضائع أقل قيمة (١) أو يختلس بنزين السيارة التى يعمل عليها .

– العامل الذى يختلس أموالا ليست فى عهدته وانما سلمت اليه بسبب عمله أو بمناسبته .

وعادة ما يقترن الاختلاس بتزوير (٢) يقصد به اخفاء هذا الاختلاس ويأخذ التزوير فى هذه الحالة صوراً متعددة .

ومن أمثلة التزوير الساتر للاختلاس :

– التغيير فى دفاتر الحسابات بنقل الأرقام من فئات الجنيهات إلى فئات المليمات لتبدو الدفاتر فى نهاية الأمر سليمة من الناحية الحسابية رغم وقوع الاختلاس .

– التغيير فى حسابات الصادر والوارد لاخفاء ما حصل عليه الموظف لنفسه من أموال العمل .

– ادعاء تلف البضاعة المودعة بالمخازن ، وقد يصعب التحقق من هذا التلف . من ذلك ما يحدث فى شركات النقل بالبحرى من ادعاء عطل ثلاجة السفينة فى اثناء الرحلة وبالتالى تلف المواد الغذائية الموجودة بها والقائها فى البحر وشراء غيرها من احد الموانى الأجنبية .

– تزوير أوامر الصرف واخراج البضائع بناء عليها من المخازن دون أى عناء وعلى مشهد من الناس . وكذلك التزوير فى تصاريح وسجلات التوزيع لمضاعفة الكميات المصرح بها واستخدام اسماء وهمية فى الصرف .

---

(١) وذلك كاستبدال القديم بالجديد او استبدال الكيماويات المغشوشة الرخيصة بالكيماويات الفعالة غالية الثمن .

(٢) راجع المادة ٢٠٦ من قانون العقوبات .

٢ — الرشوة

يقصد بالرشوة فى مجال هذا البحث حصول العامل على مقابل من فرد أو جهة غير التى يعمل بها للقيام ببعض واجبات وظيفته أو الاخلال بها . وقد احتلت الرشوة فى هذا الاستبيان المكان الثانى بعد الاختلاس فحصلت على ٣٤١ من ١٣٥٧ درجة ، أى ٢٥,١٣٪ من مجموع الدرجات . وهى نسبة لا تكاد تقل عن نسبة الاختلاس بأكثر من ٢٫٥ ٪ مما يدل على مدى أهمية الرشوة كطريقة من طرق الاعتداء على مال القطاع العام (١) .

ولعل ذلك يرجع إلى أن ارتكاب الرشوة بالنسبة لنفسية كثير من العاملين يعتبر أمراً هيناً بالنظر إلى أن المال الذى يحصل عليه العامل ليس من أموال القطاع العام وانما من أموال أصحاب المصلحة من الأفراد . ويعتبر آخرون المبالغ التى يحصلون عليها كرشوة مكملة للمرتب غير الكافى الذى يتقاضونه .

والحق أن فى الرشوة اعتداء حقيقى على مال القطاع العام وان خفى ذلك على بعض الضالين أو المغالطين من العاملين فيه . وإذا كان هذا الاعتداءواضحا فى حالة تسلم الرشوة كمقابل للاخلال بواجبات العمل ، فانه واقع أيضاً فى حالة أخذ الرشوة نظير القيام بأعمال الوظيفة ، إذ أن ذلك يؤدى إلى التقاعس فى تسلم الرشوة كمقابل للاخلال بواجبات العمل ، فانه واقع أيضاً فى حالة أخذ الرشوة نظير القيام بأعمال الوظيفة ، إذ أن ذلك يؤدى إلى التقاعس وعدم القيام بالعمل الا بعد الحصول على الرشوة . وفى ذلك ما فيه من اعتداء على مال القطاع العام الذى يخصص جانب كبير منه لاجور العاملين ، أولئك الذين يجب أن يقوموا بواجبات عملهم خير قيام لكى يستطيع هذا القطاع أن ينهض باعبائه .

---

(١) راجع المواد من ١٠٣ إلى ١١١ من قانون العقوبات .

ومن أمثلة الحصول على مقابل للقيام بواجبات الوظيفة :

ـ حصول الموظف على مبلغ من المال أو أى مقابل آخر ليقوم بتسليم المستحقين اذونات صرف البضائع أو السلع ذات الأسعار المرتفعة فى السوق السوداء .

ـ الحصول على مقابل من المتعاقد مع القطاع العام لاتمام اجراءات الصفقة .

ومن أمثلة الحصول على مقابل للاخلال بواجبات الوظيفة :

ـ الحصول على مبلغ من المال لصرف بضائع أو اذونات أو تصاريح أو أموال لغير مستحقيها بالمخالفة لأحكام القوانين واللوائح .

ـ الحصول على مقابل نظير التغاضى عن اخلال المتعاقد مع القطاع العام بالتزاماته أو الغش فى تنفيذها ويظهر ذلك على وجه الخصوص فى مجالات المقاولة والتوريد والأشغال العامة . وهنا يضر الموظف المنوط به اتمام الصفقة أو الاشراف على تنفيذ العقد بمصلحة الجهة التى يعمل بها للحصول على فائدة لنفسه . ومن الأمثلة الشائعة فى هذا الشأن أن يدفع المتعاقد الذى أخل بالتزامه مبلغاً للموظف المختص أقل بكثير من مبلغ الغرامة التى تجب عليه ، وذلك فى مقابل محو المخالفة .

ـ ارساء المزايدة فى حالة البيع أو المناقصة فى حالة الشراء على احد الأشخاص دون وجه حق عن طريق اطلاعه على أسرار العطاءات المقدمة . وكذلك التعاقد عن طريق الممارسة بالتحايل مع من يدفع الرشوة أو العمولة(١).

---

(١) راجع ما نشرته جريدة الاهرام فى تحقيق لها عن الدخول الطفيلية بتاريخ ١٨ ابريل ١٩٧٣ . وقد جاء فيه وامكن لرجال الرقابة الادارية استرداد عمولة قبضها احد العاملين السابقين بالقطاع العام بلغت ٢٢٠ الف دولار فى صفقة واحدة من بعض الخامات المستوردة . وهذه العمولة لم تكشف الا بعد ان ابلغ عنها الوسيط بين الشركة الأجنبية الموردة وشركة القطاع العام .. عندما حاول المسئول السابق ان يأخذ لنفسه العمولة كلها ولا يعطى الوسيط نصيبه الذى اعتاده منها .

=

ومن وسائل المرتشى فى طلب الرشوة :

– عرقلة أداء الخدمة أو تأخيرها رغم كثرة طلب صاحب الشأن وذلك لمضايقته ودفعه إلى تقديم الرشوة فى نهاية الأمر لتحقيق مطلبه .

– افهام صاحب المصلحة بطريقة ملتوية بل وأحياناً صريحة بأن مصلحته ستحقق إذا هو دفع جعلا للموظف المختص .

– استخدام الوسطاء خاصة من السعاة وصغار العاملين لطلب الرشوة .

– طلب مبالغ أكبر مما يستحق واستيلاء الموظف على الفرق لنفسه .

ومن الشائع فى هذا المجال طلب رسم دمغة فى أحوال لا يستوجب القانون فيها ذلك .

ويحاول الموظف المرتشى اخفاء جريمته بوسائل متعددة نذكر منها :

– حرص الموظف على استلام الرشوة دون أن يراه أحد غير دافعها .

– استخدام الوسطاء خاصة من السعاة وصغار العاملين فى استلام الرشوة . ويحدث ذلك على وجه الخصوص فى الحالات التى يكون فيها المرتشى من كبار العاملين .

– المقابلة خارج العمل فى احد الأماكن العامة أو الخاصة لاستلام العمولة أو الرشوة . ويكون ذلك عادة فى العمليات الكبيرة ذات الأهمية .

– طلب خدمة محددة من صاحب المصلحة أو هدية من نوع معين بدلا من استلام مبلغ من النقود .

= وقد يصل الأمر إلى حد التواطؤ مع المورد الأجنبى على التلاعب فى مواصفات واوزان سلعة غذائية هامة يشتد احتياج الناس اليها. ومن اخطر النماذج لهذا التواطؤ رسالة دواجن وجدنا عند وزنها بعد وصولها واستلامها بالفعل من المورد الأجنبى ان هناك نقصاً فى وزن كل فرخة يتراوح بين ١٠٠ , ١٥٠ جراماً . ووصل العجز فى وزن الرسالة كلها إلى ٦٠٠ طن ثمنها ٢٥٠ الف دولار . بالقطع لا يمكن ان يتم ذلك لصالح المورد الأجنبى وحده .. هناك بالطبع الأطراف الأخرى التى تفيد من ذلك . ويبدوا ان ذلك يتم منذ فترة طويلة » .

٣ — الاهمال فى أداء العمل

ويقصد بالاهمال فى أداء العمل عدم قيام العاملين بواجباتهم على وجهها الصحيح ، إما بأدائها بصورة غير سليمة أو بعدم أدائها . وقد احتل الاهمال فى أداء العمل كطريقة من طرق الاعتداء على مال القطاع العام المركز الثالث فى الاستقصاء فحصل على ٢٧٩ درجة من ١٣٥٧ ، أى ٢٠,٥٦٪ من مجموع الدرجات .

ان الأجور التى تدفع فى القطاع العام ليست الا مقابلا لأداء العمل بالصورة المفروضة . فاذا وقع الاهمال فى أداء العمل كان ذلك بمثابة اضاعة لأموال القطاع العام . لأن الانتاج فى ظل الاهمال انما يصاب فى كمه وكيفية معاً .

وثمة عوامل متعددة تساعد على الاهمال فى أداء العمل أهمها ضعف الرقابة ، وانخفاض الروح المعنوية وعدم مراعاة التخصص فى تشغيل العاملين وعدم تحديد واجبات كل وظيفة على وجه الدقة والوقت اللازم لانجاز كل منها .

ويأخذ الاهمال فى أداء العمل صورتين هما سوء أداء العمل وضاعة وقت العمل .

(١) سوء أداء العمل :

كثيراً ما يسىء العامل أداء عمله من باب الاهمال والكسل وضنا بالجهد الذى يجب أن يبذل . فرغم أن اتقان أداء العمل مطلوب فى الدنيا وفى والدين (١) ، فان طريق اتقان العمل أشق على النفس وأطول من طريق الاهمال والكسل . وكأن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال «حجبت الجنة بالمكاره وحجبت النار بالشهوات» (٢) انما كان يعبر عن نفسية

---

(١) يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «يحب الله العامل إذا عمل ان يحسن» .
(٢) البخارى .

الانسان بصفة عامة وفى أمور الدنيا كذلك ، إذا كان لنا نشبه حسن العمل بالجنة وسوءة بالنار .

ولا شك ان العمل السيء لا يمكن أن يؤدى إلى انتاج حسن . فمن طبيعة الأمور أن يكون الجزاء من جنس العمل .

(ب) اضاعة وقت العمل :

ومن صور الاهمال فى أداء العمل عدم قيام العاملين بعملهم طوال وقت العمل . فكم من عامل لا يعمل فى يومه غير وقت قليل ويضيع الجانب الأكبر من ساعات عمله هباء منثوراً فى ثرثرة أو أعمال خاصة رغم أن هذه الساعات مقومة بالنقود ، تلك النقود التى تدفعها الوحدة الانتاجية ويحصل عليها العامل لقاء القيام بعمل يفترض فيه أن يستغرق كل ساعات العمل الرسمية .

ويحاول العاملون أن يجدوا الاسانيد لاقناع أنفسهم بأنهم محقون فى قلة عملهم . فمنهم من يبرر ذلك بقلة أجره مدعياً صراحة بأنه لا يعطى الا بمقدار ما يأخذ . ومنهم من يقول ان من يعمل كثيراً يتعب دون جدوى ويكون عرضة للعقاب إذا أخطأ ، مفتقداً للثواب إذا صاب (١) .

ولبيان أهمية اضاعة وقت العمل بالنسبة لمال القطاع العام نضرب هذا المثال :

وحدة من وحدات القطاع العام يعمل بها ألف عامل . متوسط أجر العامل فى الساعة عشرة قروش . ووقت العمل الرسمى هو سبع ساعات . ولكن متوسط ساعات العمل الحقيقية للعامل فى اليوم وهى ثلاث ساعات فقط . فاذا حسبنا قيمة وقت العمل الضائع فى هذه الوحدة وجدناه كالآتى .

---

(١) هذه هى نفس العبارة الى كتبها البعض فى استمارات استطلاع الراى . ومثل هذه العبارة يجب ان تؤخذ فى الاعتبار وتدرس لاستخلاص ماوراءها من معان .

وقت العمل الضائع فى اليوم بالنسبة للعامل الواحد = ٧ — ٣ = ٤ ساعات عمل .

وقت العمل الضائع فى السنة بالنسبة للعامل الواحد = ٤ × ٣٦٥ = ١٤٦٠ ساعة عمل .

القيمة المالية للوقت الضائع بالنسبة للعامل الواحد = ١٤٦٠ × ١٠ = ١٤٦٠٠
القيمة المالية للوقت الضائع بالنسبة لعمل الوحدة = ١٤٦٠٠ × ١٠٠٠ = ١٤٦٠٠٠٠٠ قرش .

ففى هذا المثال البسيط نجد القيمة المالية للوقت الضائع فى هذه الوحدة رغم صغر حجمها هو ١٤٦ ألف جنيه . وهذه القيمة لا شك تمثل اعتداء واضحاً على مال الوحدة الاقتصادية محل البحث .

ومن أهم العوامل المشجعة على اضاعة وقت العمل عدم تحديد الوقت اللازم لانجاز كل عمل من أعمال الوظيفة حتى يمكن مساءلة صاحب الشأن فى حالة التأخير فى أداء العمل .

٤ — الاستيلاء والسرقة

ويقصد بالاستيلاء اختلاس العامل لمال من أموال القطاع العام لم يسلم اليه بسبب وظيفة أو بمناسبتها . أما السرقة فيقصد بها استيلاء أحد الأفراد من غير الموظفين أو العاملين بالقطاع العام على مال مملوك لهذا القطاع . وقد احتلت طريقة الاستيلاء والسرقة المركز الرابع بين طرق الاعتداء على مال القطاع العام . فحصلت على ٢٢٤ درجة من ١٣٥٧ ، أى ١٦,٥١٪ من مجموع هذه الدرجات (١) .

وقد رأينا جمع الاستيلاء والسرقة معاً فى طريقة واحدة نظراً لأنه يصعب على غير القانونيين من مالئى استمارات الاستبيان التفرقة بينهما . فضلا عن أنهما يقعان على مال ليس فى عهدة من يستولى عليه . ونتحدث فيما يلى عن كل من الاستيلاء والسرقة .

---

(١) راجع المادة ١١٣ والمادة ٣١١ من قانون العقوبات .

(أ) الاستيلاء :

يحدث أن يستولى احد العاملين على مال من أموال القطاع العام لم يسلم اليه بسبب وظيفته أو بمناسبتها . وفى هذه الحالة غالباً ما يستفيد العامل من وظيفته لتسهيل الاستيلاء على أموال العمل . ومن أمثلة ذلك أن يستولى عامل الصيا نةفى احد مصانع النسيج على بضعة أمتار من القماش يخفيها تحت طيات ملابسه اثناء خروجه من العمل . ومن أمثلتها أن يستولى احد السعاة فى شركة النحاس على بعض قطع من هذا المعدن ويهربها معه إلى خارج مكان العمل .

(ب) السرقة :

كثيراً ما يستولى بعض الأفراد من غير الموظفين أو العاملين بالقطاع العام خلسة على مال من أموال هذا القطاع . ومن أمثلة ذلك سرقة البضائع والمعدات من مخازن الشركات ، وسرقة الكابلات وأدوات الاتصال السلكية الممتدة فى الشوارع والطرقات .

وغالباً ما تقع السرقة على أموال القطاع العام بمساعدة بعض العاملين بهذا القطاع . فكم من مرة قام أمين المخزن أو الحارس الليلى بدور المرشد لعصابة من خارج الادارة ، فسهل مهتهم فى السطو على مخازن القطاع العام وسرقة ما بها من أموال .

ومن أهم العوامل المشجعة على سرقة أموال القطاع العام وجود بعض المخازن غير المحكمة لكونها بلا أسوار أو بأسوار ضعيفة مهدمة يسهل النفاذ من خلالها . ويشاهد ذلك على وجه الخصوص فى تخزين الحديد والأخشاب ومواد البناء .

ومن الغريب والمؤسف فى سرقات المخازن ان هذه السرقات غالباً ما تظل خافية لمدد طويلة ولا تكشف فى معظم الأحوال الا صدفة . أما عملية الجرد فكثيرا ما تكون صورية ولا تتم الا على فترات متباعدة .

٥ ــ اتلاف الأموال

يقصد باتلاف الأموال الاضرار بأموال القطاع العام مما يقلل من قيمتها وقد احتل اتلاف الأموال المركز الخامس والأخير كطريقة من طرق الاعتداء على مال القطاع العام . فحصلت هذه الطريقة على ١٦٢ من ١٣٥٧ درجة ، أى ما يعادل نسبة ١١,٩٤٪ من مجموع الدرجات .

واتلاف أموال القطاع العام قد يقع من أفراد الجمهور على الأدوات المخصصة لخدمته . وقد ضربنا مثالا لذلك بالاعتداء الواقع على سيارات النقل العامة . ولكن الغالب أن يقع هذا الاتلاف من جانب العاملين بالقطاع العام أنفسهم . كما أن هذا الاتلاف قد يقع عمداً وقد يأتى نتيجة اهمال .

ومن صور الاتلاف العمدى لمال القطاع العام :

ــ قيام العامل باتلاف الالة التى يعمل عليها حتى يجد المبرر لعدم العمل إلى حين اصلاحها . ومن الأمثلة الصارخة التى حدثت فى هذا المجال قيام بعض البحارة باتلاف بعض أجهزة السفينة ولو بالقاء بعض المخالفات فى داخلها بطريقة تتطلب وقتاً غير قليل لكشفها، واصلاحها مما يفوت رحلة السفينة ويبقى البحارة فى ديارهم مع حصولهم على أجورهم .

ــ قيام المعتدى باشعال النار فى مخازن الادارة أو مكاتبها لاخفاء جرائم الاختلاس أو الاستيلاء أو التزوير التى وقعت متعلقة بأموال القطاع العام . وقد كثر وقوع حريق المخازن فى الأيام الأخيرة عن طريق الماس الكهربى وعقاب السجائر .

ــ قيام بعض أفراد الجمهور بتكسير مصابيح أونوافذ وسائل المواصلات العامة أو مبانى القطاع العام وذلك من باب اللهو العابث أو تعبيراً عن عقد نفسية دفينة .

ومن صور الاتلاف العمدى لمال القطاع العام :

ــ عدم اتخاذ اجراءات الأمن والاحتياطات اللازمة فى احد المصانع مما يستتبع وقوع انفجار أو نشوب حريق يؤدى إلى خسائر جسيمة .

– الاهمال فى صيانة أدوات العمل أو عقاراته وسوء استخدامها مما يعجل بعمرها ويؤدى إلى اتلافها أو تهدمها .

وبعد عرض طرق الاعتداء على مال القطاع العام الخمسة التى جاءت فى استمارة استطلاع الرأى وهى الاختلاس ، والرشوة ، والاهمال فى أداء العمل ، والاستيلاء والسرقة ، واتلاف الأموال نعرض فيما يلى لطريقتين أخريين ورد ذكرهما فى تعليقات بعض مالئى الاستمارات ولم تخطر ببالنا عند وضع بيانات الاستمارة ، مما يدل على جدوى الاستقصاء ليس فقط فى بيان أهمية البيانات المطلوب ابداء الرأى فيها وانما أيضاً فى اكمال ما قد يكون بها من نقص. ونعرض فيما يلى لهاتين الطريقتين من طرق الاعتداء على مال القطاع العام وهما

– الحصول على ارباح وهمية .
– التمارض .

٦ – الحصول على ارباح وهمية

من صور الاعتداء على مال القطاع العام كذلك صورة الحصول على أرباح وهمية . ذلك أن للعاملين حق فى الحصول على نسبة من أرباح الشركة التى يعملون بها إذ هى حققت ربحا بالفعل . ولكن يحدث الا تحقق الشركة ربحا على الاطلاق بل وقد تتكبد خسائر مؤكدة . ومع ذلك يعمد المسئولون فيها الى إظهار الشركة بمظهر المشروع الناجح الرابح . وذلك ليس فقط لادعاء الكفاءة فى العمل وانما أيضا بل وربما أساسا للحصول على قدر من المال كنصيب فى الارباح الوهمية المحققة على الورق . تلك الارباح التى تسمى بالارباح الدفترية أو المحاسبية .

وتتحقق الأرباح الوهمية عن طريق التلاعب فى حسابات المشروع . ويتم هذا التلاعب بطرق متعددة نذكر منها :

عدم خصم كافة تكاليف الانتاج :

ان القاعدة هى وجوب خصم كافة تكاليف الانتاج من ثمن منتجات

الوحدة الاقتصادية لمعرفة ما حققته من أرباح ولكن يحدث أن يتغافل المسئولون عن خصم بعض تكاليف الانتاج أو يقللون منها مما يؤدى إلى زيادة الارباح زيادة وهمية . ويحدث ذلك على وجه الخصوص فيما يتعلق بخصم أقساط استهلاك أدوات الانتاج . ونمثل لذلك على النحو التالى :

الأرباح قبل خصم الاستهلاك	:	١٠٠,٠٠٠ جنيه
قسط الاستهلاك السنوى	:	١٠,٠٠٠ جنيه
صافى الأرباح	:	٩٠,٠٠٠ جنيه

فاذا حدث تلاعب فى الحسابات يكون الوضع على النحو التالى :

الأرباح قبل خصم الاستهلاك	:	١٠٠,٠٠٠ جنيه
قسط الاستهلاك السنوى	:	٢,٠٠٠ جنيه
صافى الأرباح	:	٩٨,٠٠٠ جنيه

وهكذا زادت الأرباح زيادة وهمية نتيجة لانقاص قسط الاستهلاك السنوى عن قيمته الحقيقة . وهذا الأمر لا يصدق فقط على زيادة الأرباح صورياً ، وانما أيضاً على تغطية الخسائر وخلق أرباح لا وجود لها من حيث الواقع .

ومن أساليب عدم خصم كافة تكاليف الانتاج أيضاً اعتبار معدات أو أدوات العمل التالفة سليمة من حيث قيمتها فى الحسابات ، وذلك لعدم خصم قيمتها أو قيمة ما أصابها من تلف بقصد التقليل من خصوم المشروع وكذلك عدم خصم فوائد الديون المستحقة على الوحدة الانتاجية .

المغالطة فى حساب المتبقى من البضاعة :

قد يلجأ المسئولون إلى حساب المخزون من البضائع فى آخر السنة بسعر البيع رغم أنها لم تزل بالمخازن والواجب أن تظهر فى الحساب الختامى إما بقيمة تكلفتها فقط أو بسعر السوق أيهما أقل . وهذا هو ما يعرف بتقديم

بضاعة آخر المدة . بل وأكثر من ذلك فقد تحسب البضاعة التالفة بأسعار السليمة وذلك من باب المبالغة فى زيادة الحقوق زيادة وهمية .

اضافة الديون الضعيفة :

يحدث أحياناً أن تصبح بعض الديون ضعيفة مشكوك فى امكان تحصيلها بأكملها . وذلك لاعسار المدين أو افلاسه أو اختفائه . ومع ذلك تعمد بعض الوحدات الاقتصادية إلى اضافة هذه الديون كاملة إلى حساباتها ، كما لو كانت مؤكدة ، لتزيد مما لها من حقوق .

تأجيل المدفوعات المستحقة على المشروع :

قد يقوم المسئولون بتأجيل المدفوعات المستحقة على الوحدة الانتاجية وعدم اظهارها فى الحساب السنوى وذلك للتقليل من خصوم المشروع .

رفع سعر بيع المنتجات :

ان رفع أسعار السلع أو الخدمات التى تنتجها وحدات القطاع العام بطريقة تحكمية لعدم وجود المنافس يؤدى إلى خلق نوع من الربح يسمى الربح الاحتكارى . وهذا الربح خادع يمكن أن يتحقق رغم انخفاض كفاءة المشروع .

٧ — التمارض

ويقصد بالتمارض ادعاء المرض من جانب العاملين بالقطاع العام وذلك اما بقصد التهرب من العمل وأما بهدف للحصول على الأدوية دون وجه حق . ويحصل العامل على الأجازة المرضية فى هذه الحالة أما بتصنع المعاناة من مرض معين يذكر أعراضه كما سمعها أو قراها حتى يدخل فى روع الطبيب انه مريض فعلا ، وما برشوة ذوى النفوس الضعيفة من الأطباء لاعتبارهم مرضى ومنحهم الأجازة المرضية أو الأدوية المطلوبة .

ولا شك ان فى تمارض العامل بالقطاع العام اعتداء واضح على أموال هذا القطاع :

— ففى حالة التمارض للحصول على الأجازة المرضية يحصل المتمارض على أجره عن فترة هذه الأجازة دون حق ، إذ أنه ليس مريضاً ، كما أنه لم يقدم عملا مقابل هذا الأجر .

— وفى حالة التمارض للحصول على الدواء لبيعه أو التصرف فيه يحصل العامل ظلما على قيمة هذا الدواء . وهذه الظاهرة تحدث على وجه الخصوص بين العاملين فى المستويات الدنيا من الادارة كما تشهد بذلك تحقيقات النيابة الادارية .

— وفى حالة التمارض للحصول على الدواء لبيعه أو التصرف فيه يحصل العامل ظلما على قيمة هذا الدواء . وهذه الظاهرة تحدث على وجه الخصوص بين العاملين فى المستويات الدنيا من الادارة كما تشهد بذلك تحقيقات النيابة الادارية .

الفصل الرابع

أسباب الاعتداء على مال القطاع العام

يتضح من الجدول رقم (٥) المتعلق بأسباب الاعتداء على مال القطاع العام أن هذه الأسباب متعددة ويأتى ترتيبها حسب أهميتها على النحو التالى :

١ — انحطاط الاخلاق .
٢ — القدوة السيئة .
٣ — انخفاض المرتبات .
٤ — عدم الشعور بالمصلحة العامة .
٥ — عدم الحزم فى معاقبة المعتدين .
٦ — ضعف الرقابة .
٧ — عدم الرضا عن المعاملة .
٨ — زيادة عدد العاملين .

وأضاف البعض إلى هذه الأسباب الواردة باستمارة الاستقصاء سبب آخر هو كثرة امتيازات القطاع العام. ونتحدث فيما يلى عن كل من هذه الأسباب كما وردت فى هذا الترتيب .

١ ـ انحطاط الأخلاق

يقصد بانحطاط الأخلاق عدم التمسك الكافى بالقيم الأخلاقية من جانب العاملين بالقطاع العام .

وقد احتل انحطاط الأخلاق المركز الأول بين أسباب الاعتداء على مال القطاع العام . فحصل على ٥٦٨ من ٣٥٨٠ درجة ، أو ١٥,٨٨٪ من مجموع الدرجات.

وهذا أمر طبيعى اذ أن العامل ذو الخلق الكريم يؤدى عمله الذى يرتزق منه بجد واخلاص حتى يكون المقابل الذى يحصل عليه حلالا طيباً ، ولا يحاول الاعتداء على أموال ليست له لأن النفس الأبية تأنف النظر إلى مال الآخرين . أما ضعف الخلق فيؤدى إلى الاهمال فى العمل والاعتداء على أموال الغير . وذلك تعبير عن شح النفس الذى يدفع إلى قلة العطاء وكثرة الأخذ ولو بدون وجه حق . وهذا الشح فى حاجة إلى مقاومة شاقة للنفس . لذلك يقول الله تعالى «وأحضرت الأنفس الشح» (١) ويقول سبحانه «وكان الانسان قتوراً» (٢) . ويقول جل شأنه «ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون» (٣) وهذه طبيعة فى الانسان يقررها خالقها ويطلب اليه أن يقاومها إذا أراد الفلاح .

وان نظرة إلى المجتمعات التى تقدمت وانطلقت فى طريق الرفعة ورغد العيش لكفيلة باثبات العلاقة بين التقدم والاخلاق فما من مجتمع غربى أو شرقى متقدم الا وتمسك أهله بقدر من الأخلاق يكاد يتناسب تناسباً طردياً مع درجة تقدم المجتمع . فاذا تركنا جانباً نظرة هذه المجتمعات إلى العلاقة بين الرجل والمرأة قبل الزواج وما ينطوى عليه من قدر من الاباحية وجدنا أخلاقاً أخرى كثيرة قد نمت وتوطدت فى هذه المجتمعات ، ومن

---

(١) الآية رقم ١٢٨ من سورة النساء .
(٢) الآية رقم ١٠٠ من سورة الاسراء .
(٣) الآية رقم ١٦ من سورة التغابن ، والآية رقم ٩٠ من سورة الحشر .

أهمها الامانة والأخلاص فى العمل والصدق والوفاء بالعهد .. إلى غير ذلك من مكارم الأخلاق . أما المجتمعات المتخلفة التى تتأخر أكثر مما تتقدم أو تقف فى مكانها لا تقوى على المضى إلى الأمام فانها على النقيض من ذلك ضيعت الاخلاق الحميدة وأرتمى أهلها فى أحضان الرذائل فقذفت بهم فى الدنيا إلى الحضيض ومهدت لهم الطريق فى الآخرة إلى أسفل سافلين .

لذلك كان حرص الدين الاسلامى على الأخلاق الكريمة شديداً . تقول أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «ان المؤمن ليدرك بحسن الخلق درجات قائم الليل وصائم النهار» (١) ويقول اسامه بن شريك : كنا جلوساً عند النبى صلى الله عليه وسلم كأنما على رؤسنا الطير ، ما يتكلم منا من متكلم ، إذ جاءه أناس فقالوا : من أحب عبادالله إلى الله تعالى ؟ قال : «أحسنهم خلقاً» (٢) .

ويشهد التاريخ أن الأمة الاسلامية لم تتقدم قط الا فى الفترات التى تمسكت فيها بدينها الحنيف بما يحوى من أخلاق حميدة . وكم كان أمير الشعراء شوقى ثاقب النظر حين قال بحق :

انما الأمم الأخلاق ما بقيت — فان هم ذهبت اخلاقهم ذهبوا

بل ان هذا البيت من الشعر ليس فى الحقيقة الا صياغة أدبية جميلة لقاعدة علمية من قواعد السلوك البشرى التى حوتها الطبيعة وأكدتها الأيام يوماً بعد يوم .

ولعلها بشرى لنا أن يدرك أصحاب الرأى فى هذا الاستقصاء أن سوء الأخلاق هو السبب الأول من أسباب ضياع أموال القطاع العام . ومن الخير أن نعترف أن أهل الاسلام قد تركوا أخلاقه الفاضلة وأخذ بها

---

(١) ابو داود .
(٢) الطبرانى .

آخرون غرباء عنه ، بعضهم ملحد لا يعترف بغير الماديات ولا يتمسك بالأخلاق الا لما لها من فوائد دنيوية أكيدة فى تنظيم شئون المجتمع ، فوائد تثبت علمياً ان أخلاق الاسلام هى سبيل نجاح الحياة الانسانية . ويكفى أن نضرب بعض الأمثلة على اضاعتنا لهذه الأخلاق :

– قال الله تعالى «انا لا نضيع أجر من أحسن عملا» (١) . فأسأنا العمل وركنا إلى العبث واللهو والتظاهر .

– وقال سبحانه «وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا» (٢) . فكان الوفاء بالعهد بيننا عبئاً ثقيلا لا يكاد يطاق .

– وقال جل شأنه «ان المنافقين فى الدرك الأسفل من النار ولن تجد لهم نصيراً» (٣) . وأضاف الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم « أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ، ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق . حتى يدعها : إذا أوتمن خان ، وإذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر» (٤) . ومع ذلك كثرت الخيانة وضيعت الأمانة حتى اختلس الأمين ما فى عهدته ، وزاد الكذب حتى وصف الصادق بالسذاجة وقل الوفاء بالعهد ، وأصبحت المغالاة فى الخصومة وأخذ العزة بالاثم من الشيم السائدة بين الناس . وفوق ذلك وفضلا عنه غدا النفاق وتملق الاكابر وسيلة فعالة لادراك الغايات والوصول بغير حق إلى الجاه والمال . وكثر وجود الإمعه الذى يخالف نصيحة الرسول ليتمسك بقول القائل «إذا أحسن الناس أحسنت وان اساءوا أسأت» .

٢ – القدوة السيئة

يقصد بالقدوة السيئة فساد القادة الادارين وعدم اعطائهم المثل كأسوة

---

(١) الآية رقم ٣٠ من سورة الكهف .
(٢) الآية رقم ٣٤ من سورة الاسراء .
(٣) الآية رقم ١٤٥ من سورة النساء .
(٤) البخارى .

لمن دونهم من العاملين فى القطاع العام . وقد أحتلت القدوة السيئة المركز الثانى بين أسباب الاعتداء على مال القطاع العام فنالت ٥٥٤ درجة من ٣٥٨٠ ، أى ١٥,٤٧٪ من مجموع الدرجات .

وترجع أهمية القدوة إلى أن التقليد من الغرائز التى فطر الناس عليها ، فالصغير يجد نفسه مدفوعاً إلى تقليد الكبير دون تفكير فى موضوع التقليد أو تقييم له ، فاذا أساء الكبير السلوك نهج الصغير نهجه ، وإذا انحرف الراعى ساءت تصرفات الرعية . ومن الأمور ذات الدلالة فى هذا الشأن أن نتيجة الاستقصاء تؤكد أن كبار العاملين هم أكثرهم اعتداء على مال القطاع العام . فاذا رأى صغار العاملين ذلك وقد يكونوا من ذوى الحاجة تجرؤا على الرذيلة وحدثتهم أنفسهم بارتكاب المحظور الذى يفقد هيبته إذا انتهكه الكبار . لذلك عندما أراد الخالق جل شأنه — وهو العليم بطبيعة خلقه — لدعوة رسوله أن تنجح جعله عليه السلام قدوة للناس فى أمور دينه ودنياه جميعاً . وقال سبحانه وتعالى « لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة» (٥)

٣ — انخفاض المرتبات

يقصد بانخفاض المرتبات عدم كفايتها لسد حاجات الموظف حسب مركزه الاجتماعى . وقد احتل انخفاض المرتبات المركز الثالث بين أسباب الاعتداء على مال القطاع العام . فحصل على ٤٥٠ من ٣٥٨٠ درجة ، أو ١٥,٠٨٪ من مجموع الدرجات .

وتعتبر المرتبات فى مصر من أقل المرتبات فى العالم ان لم تكن أقلها على الاطلاق . وذلك بالنظر إلى القيمة الحقيقية للنقود أى القوة الشرائية لها دون اعتبار لقيمتها العددية . فالقيمة الحقيقية للنقود تتناقص بارتفاع الأسعار رغم ثبات قيمتها العددية .

---

(٥) الآية رقم ٢١ من سورة الاحزاب .

ولا شك أن الحاجة يمكن أن تدفع إلى الاعتداء على مال الغير ، والعوز يعد من أهم أسباب الرذيلة خاصة مع ضعاف النفوس . ولعل ذلك هو الذى يفسر نتيجة الاستقصاء حينما وضعت العاملين فى المستويات الدنيا من الادارة فى المرتبة الثانية قبل العاملين فى المستويات الوسطى من حيث الاعتداء على أموال القطاع العام . وذلك ان صغار العاملين كثيراً ما يعانون من زيادة النفقات بالنسبة لما يحصلون عليه من ايرادات تتركز فى مرتب متواضع . فنجد بعض العاملين مثلا لا يتجاوز مرتبه عشرة جنيهات وهو يعول من الأفراد خمسة أو ستة . فتدفعه الحاجة إلىمد يده إلى أموال جهة العمل أو إلى أموال المتعاملين معه الذين يرغبون فى قضاء حوائجهم ولو مقابل جعل يدفعونه لصاحب الشأن من العاملين .

٤ — عدم الشعور بالمصلحة العامة

يقصد بعدم الشعور بالمصلحة العامة عدم احساس العاملين احساساً كافياً بمصلحة المجتمع التى تقتضى المحافظة على كافة أموال القطاع العام أيا كانت صورها . وقد احتل عدم الشعور بالمصلحة العامة بين أسباب الاعتداء على مال القطاع العام المركز الرابع . فحصل على ٥٢٥ من ٣٥٨٠ درجة أى ما يعادل ١٤,٦٦٪ من مجموع الدرجات .

ولعدم الشعور بالمصلحة العامة أثر بالغ على انخفاض الروح المعنوية للعاملين . هذه الروح التى لها فعل السحر فى دفع العاملين إلى العمل والانتاج والتى يعزى اليها أساساً التقدم الهائل الذى حققه العاملون فى الصين بصرف النظر عما يحصلون عليه من مقابل العمل .

ومن المؤسف أن غير القليل من الناس لا يدرك معنى الصالح العام وما يتضمن من نفع له ولغيره من أعضاء المجتمع بل أن البعض لا يفهم معنى المال العام ، ويعنى هذا التعبير فى ذهنه المال الذى لا صاحب له . وقد كتب أحد العاملين فى استمارة استطلاع الرأى بصراحة أنه لن يتردد

فى الاستيلاء على مال من أموال القطاع العام إذا اتيحت له الفرصة وتأكد من النجاة . وبرر ذلك بأنه لا ينال حقوقه كاملة كما أن غيره من كبار العاملين يفعل ذلك .

ويرجع عدم الشعور بالمصلحة العامة إلى أحد أمرين أوالبهما معاً وهما :

(أ) انخفاض الوعى :

فقد يعزى عدم الشعور بالمصلحة العامة من جانب كثير من العاملين إلى انخفاض درجة وعيهم وقلة ادراكهم لحقائق الأمور وجهلهم بأن ليست فى نهاية الأمر الا مصلحة مجموع أفراد المجتمع وهم منهم .

(ب) الشعور بالظلم :

وقد يرجع عدم الشعور بالمصلحة العامة من جانب بعض العاملين فى القطاع العام إلى سيطرة نوع آخر من الشعور على نفسيتهم وهو الشعور بظلم يقع عليهم شخصياً . وذلك كأن يشعر العامل بقلة ما يحصل عليه من مقابل بالمقارنة بما يؤدى من عمل .

٥ — عدم الحزم فى معاقبة المعتدين

ويقصد بعدم الحزم فى معاقبة المعتدين على مال القطاع العام التراخى والتهاون فى توقيع الجزاء الرادع على هؤلاء المعتدين . وقد احتل عدم الحزم فى معاقبة المعتدين المركز الخامس بين أسباب الاعتداء على مال القطاع العام فحصل على ٤٨٤ درجة من ٣٥٨٠ ، أى ١٣,٥٢٪ من مجموع الدرجات .

فكثير من المعتدين على مال القطاع العام لاينالون الجزاء المناسب لأعمالهم حتى يرتدعو ويتعظ غيرهم بهم . فكم من موظف أو عامل يرتشى كل يوم دون أن يقع منهم تحت طائلة العقاب الا القليل النادر حتى أن النصوص التى تجرم الرشوة فى قانون العقوبات تكاد تكون معطلة التطبيق . وكم

من عامل يهمل فى أداء عمله أو يتلف ما يستعمل من أموال القطاع العام دون أن ينال من العقاب أن حدث الا القليل . وكم من مختلس يستحل لنفسه ما عهد به اليه من أموال القطاع العام فاذا كشف أمره اكتفى المسئولون بأمره برد ما اختلس .

وهذه ظاهرة خطيرة يجب النظر اليها بعين الاعتبار والتمحيص. إذ أن عدم توقيع العقاب الكافى على المعتدى يدفعه إلى تكرار فعلته والتمادى فيها كما يغرى الآخرين بتقليده . أما توقيع العقاب الرادع على المعتدى فانه يقلل من احتمالات وقوع الاعتداء على مال القطاع العام ويجعل من تسول له نفسه يتردد أويخشى . وقد ثبت أن الانسان فى تصرفاته انما يخاف أكثر مما يستحى . بل ان الخوف والطمع هما المحوران اللذان تدور حولهما تصرفات الانسان .

٦ — ضعف الرقابة

ويقصد بضعف الرقابة تهاون الرئيس الادارى فى القيام بدوره فى متابعة تنفيذ العمليات والتأكد من قيام مرؤسيه بواجبات وظائفهم حتى يحدد مسئولية كل منهم . وقد احتل ضعف الرقابة المركز السادس بين أسباب الاعتداء على مال القطاع العام . فحصل على ٤٧٣ من ٣٥٨٠ درجة أى ما يعادل ١٢,٩٣٪ من مجموع الدرجات .

وهناك علاقة وطيدة بين ضعف الرقابة وعدم الحزم فى معاقبة المعتدين إذ أن الرقابة هى التى تمكن من تحديد مسئولية المخطىء قبل توقيع العقاب عليه .

ومن أهم أسباب ضعف الرقابة قلة كفاءة كثير من القائمين بها لنقص تكوينهم المهنى . فضلا عن تقاعس غير القليل منهم فى أداء أعمالهم . غير أن عدم الكفاءة أو الاخلاص فى العمل بالنسبة لمتولى الرقابة لا شك أشد خطراً وأعظم أثراً منه بالنسبة للخاضعين لهذه الرقابة إذ لا ينتظر من الرعية خير إذ فسد أمر الراعى .

وثمة عوامل تؤدى إلى عرقلة عملية الرقابة الادارية أهمها قصور التنظيم وعدم دقة تحديد الاختصاص ونقص معايير الأداء وعدم وضع العامل فى الوظيفة التى تتفق وتأهيله المهنى . وذلك حتى يمكن محاسبة كل مخطىء وتحديد مسئوليته .

ونذكر على سبيل المثال ضعف الرقابة بالنسبة لعجوزات العهدة فى شركات المجمعات الاستهلاكية ففى هذه الشركات يصعب اثبات الاخطاء وتحديد المسئول عنها . ويرجع ذلك إلى عدة اعتبارات منها :

– عدم بيان مفردات الاصناف الموجودة فى كل جهة ومقدار العجز الذى قد يظهر فى كل منها ، والاقتصار على ذكر قيمة الأصناف وقيمة ما استنزل منها سواء بالبيع أو باعدام التالف . ويصل الأمر أحياناً إلى حد عدم وجود سجل لحصر ما لدى أمين المخزن من عهده مما لا يمكن معه الرقابة على ما بالمخزن من بضائع .

– عدم جرد المخازن للتحقق من وجود محتوياتها الا على فترات متباعدة أو بطريقة أقرب إلى الصورية منها إلى الجدية ، فيكتفى بالمراجعة الشكلية للدفاتر والأرقام دون التحقق من مطابقتها للواقع .

– عدم الدقة فى تسليم البضاعة الواردة إلى الشركة من حيث تحديدها مقداراً ونوعاً .

– مبدأ التضامن فى العهدة الذى تتبعه بعض الشركات فيؤدى إلى شيوع المسئولية فى جريمة الاختلاس وصعوبة تحديد المختلس الحقيقى من بين المتضامنين فى العهدة .

٧ – عدم الرضا عن المعاملة

ان عدم الرضا عن المعاملة التى يلقاها العامل فى العمل من الناحية المعنوية يمكن أن يكون من أسباب الاعتداء على مال القطاع العام . وقد احتل عدم

عدم الرضا عن المعاملة المركز السابع بين هذه الأسباب . فحصل على ٢٥٣ من ٣٥٨٠ درجة أى ٧,٠٧٪ من مجموع الدرجات .

وقد يرجع عدم رضا العاملين عن المعاملة التى يلقونها فى داخل العمل إلى عدم ديموقراطية الادارة . كما قد يرجع إلى سوء العلاقات الانسانية القائمة بين العاملين بصفة عامة . وسنتحدث عن كل من الاعتبارين بشىء من التفصيل عند عرض وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام فى الفصل الخامس من هذا البحث .

٨ — زيادة عدد العاملين

وأخيراً فان زيادة عدد العاملين عن العدد الأمثل للعاملين فى الادارة يمكن أن يكون من أسباب الاعتداء على مال القطاع العام. وقد احتلت زيادة عدد العاملين المركز الأخير فى أسباب الاعتداء على مال القطاع العام . فحصلت على ١٩٣ من ٣٥٨٠ درجة ، أى ما يعادل ٥,٣٩٪ من مجموع الدرجات .

فلا شك أن زيادة عدد العاملين فى كثير من الادارات عن العدد الأمثل اللازم لتشغيلها يؤدى إلى زيادة نفقات الأجور . تلك الزيادة التى تخلق نوعاً من البطالة المستترة نشأت عن محاولة معالجة البطالة الظاهرة بطريقة خاطئة أضرت بالادارة رغم أن الهدف منها هو تشغيل العاطلين استجابة لدواعى الاشتراكية . غير أن وسيلة تحقيق هذا الهدف لم تكن سليمة فعادت البطالة الظاهرة للانتشار من جديد وأصبح الخريج ينتظر ما يقرب من العامين بعد التخرج من الكلية أو المعهد إلى أن توزعه ادارة القوى العاملة وتبعث به إلى جهة قد لا تحتاج اليه فى حقيقة الأمر . ويرجع ذلك أساساً إلى سوء التخطيط فى مجال التعليم المهنى وعدم التنسيق بينه وبين حاجة الادارات الفعلية إلى العاملين .

ومن ناحية أخرى فان زيادة عدد الموظفين زيادة كبيرة عن العدد الأمثل عادة ما يؤدى إلى خلق جو من الفوضى وعدم الدقة فى توزيع الاختصاص .

وهذا الجو يؤدى إلى الاهمال فى العمل ويساعد على وقوع الاعتداء على مال القطاع العام بصوره المختلفة .

وبعد عرض أسباب الاعتداء على مال القطاع العام كما جاءت فى إستمارة الاستبيان نعرض فيما يلى لسبب آخر قال به بعض أصحاب الرأى فى المشكلة ولم نكن قد وضعناه فى الاعتبار عند اعداد هذه الاستمارة . هذا السبب هو كثرة امتيازات القطاع العام .

٩ — كثرة امتيازات القطاع العام

من أسباب الاعتداء على مال القطاع العام أخيراً كثرة الامتيازات والضمانات التى يمنحها القانون لهذا القطاع . فقد منح القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ القطاع العام عدد من الامتيازات نذكر فيما يلى أهمها ورأينا فيها :

— عدم جواز شهر افلاس الشركات العامة طبقاً لنص المادة ٧٦ من القانون سالف الذكر . ونحن لا نوافق على هذا المسلك ونرى أن الأحرى هو جواز شهر افلاس الشركات العامة ، إذ أن الافلاس يخلص المجتمع من المشروعات الفاشلة التى لا تحقق ربحاً ولا تقوى على الوفاء بديونها . وفى جواز شهر الافلاس تخويف لأصحاب الشأن فى المشروع ودفع لهم إلى طريق الكفاءة والانتاج . وليس فى جواز شهر افلاس الشركات العامة أى مساس بهيبة الدولة لأن لكل شركة شخصيتها المعنوية كمشروع قد ينجح فيبقى وقد يفشل فيزول .

— الاعفاء من رسم الدمغة بالنسبة للمبالغ التى تصرفها المؤسسات العامة القابضة نظير مساهمتها فى روس أموال الوحدات الاقتصادية التابعة لها . وكذلك القروض التى تقترضها وما تدفعه ثمناً لشراء أوراق مالية . وذلك طبقاً لنص المادة ٢٧ من قانون المؤسسات العامة المذكور . ونعتقد أنه من الأفضل الغاء مثل هذه الاعفاءات حتى يمكن قياس كفاءة المشروع العام فى ظل نفس الظروف التى تعمل فيها المشروعات الأخرى .

– اعفاء شركات القطاع العام من الخضوع للقضاء سواء الادارى أو العادى بالنسبة لمنازعاتها مع أى جهة عامة أخرى وجعلها من اختصاص هيئات التحكيم المنصوص عليها فى قانون المؤسسات العامة والتى تصدر أحكاماً نهائية لا تقبل الطعن بأى وجه من الوجوه وذلك طبقاً لنص المادة ٦٠ من القانون . ولا غضاضة فى ذلك وقد نجد ما يبرره فى ما تتمتع به هيئات التحكيم من خبرة ومعرفة بظروف شركات القطاع العام. وليس فى الأمر اعتداء محتمل على حقوق أو حريات الأفراد ، إذ أن اختصاص هيئات التحكيم ينحصر فى منازعات الشركات العامة مع الجهات العامة الأخرى .

– عدم جواز رفع الدعوى الجنائية على أعضاء مجلس الادارة والعاملين بالمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها فى حالة ارتكابهم جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المادتين ١٦٧ مكرر (أ) ١١٦ مكرر (ب) من قانون العقوبات الا بناء على اذن من النائب العام بعد أخذ رأى الوزير المختص . وذلك طبقاً لنص المادة ٨٤ من القانون المذكور . وتعاقب المادتان المذكورتان كل موظف عام يضر عمداً أو بخطئه الجسيم بأموال أو مصالح الجهة التى يعمل بها أو بأموال الأفراد أو مصالحهم المعهود بها اليه . ولعل الهدف من وجوب استئذان النائب العام وأخذ رأى الوزير المختص هو مراعاة الجوانب المختلفة للمسألة قبل رفع الدعوى . وان كنا لا نحبذ الأخذ بمثل هذا الامتياز خشية أن يساء استغلاله ويستخدم لانقاذ بعض المتهمين من يد العدالة .

– هذا بالاضافة إلى الامتيازات الأخرى التى يحظى بها القطاع العام فيما يتعلق بتسهيل الحصول على ما يحتاج اليه من سلع أو خدمات بالأولوية وبالأسعار الرسمية ، أو من حيث المساعدة فى تصريف منتجاته بالزام ادارات الدولة المختلفة بالتعامل معه وتحديد أسعار هذه المنتجات فى ظروف إحتكارية أو شبه احتكارية . ولا نرى مبرراً لهذه الامتيازات أو تلك الحماية التى أسبغها القانون على وحدات القطاع العام . وذلك لأن هذا القطاع يجب أن يكون

على مستوى من الكفاءة لا يقل عن مستوى مشروعات القطاع الخاص التى لا تتمتع بمثل هذه الامتيازات . وكثرة الامتيازات مع قلة المنافسة تؤديان فى النهاية إلى الكسل والاهمال وانخفاض الكفاءة الانتاجية .

الفصل الخامس

وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام

يتضح من الجدول رقم (٦) المتعلق بوسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام أن هذه الوسائل متعددة ويأتى ترتيبها حسب أهميتها على النحو التالى :

١ – الحزم فى معاقبة المعتدين .

٢ – زيادة الأجور .

٣ – تشديد الرقابة .

٤ – الاهتمام بالأخلاق .

٥ – تحسين العلاقات الانسانية .

٦ – ديموقراطية الادارة .

٧ – زيادة حوافز الانتاج .

٨ – القدوة الحسنة .

٩ – تمليك المشروعات للعاملين فيها .

ويلاحظ عدم التطابق فى مرتبة الأهمية بالنسبة لنفس العنصر فى حالة تكرار وروده فى كل من أسباب وقوع الاعتداء على مال القطاع العام ووسائل منعه . ولعل ذلك يرجع إلى أن العنصر الذى يأتى فى المرتبة الأولى كسبب من أسباب وقوع الاعتداء وهو أخلاق العاملين قد لا يكون سهل الادراك كوسيلة لمنع هذا الاعتداء . إذ أن اصلاح الأخلاق ليس من الأمور السهلة التى يمكن أن تتحقق فى وقت يسير . وذلك بخلاف الحزم

فى معاقبة المعتدين الذى يمكن ان يتحقق بغير صعوبة إذا بدأ جاداً من أعلى السلم الادارى ليتدرج سريعاً إلى أدناه . وهكذا بالنسبة لبقية العناصر .

ونتحدث فيما يلى عن كل من وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام حسب ترتيب أهميتها ، مع ملاحظة عدم تكرار ما سبق بيانه بالنسبة لبعض المسائل أثناء دراسة أسباب الاعتداء على هذا المال .

١ – الحزم فى معاقبة المعتدين

ان أول وسيلة من وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام حسب نتيجة الاستقصاء هى الحزم فى معاقبة المعتدين . وقد حصلت هذه الوسيلة على ٦٨٧ من ٤٢٢٧ درجة أى ما يعادل ١٦,٢٥٪ من مجموع الدرجات .

فيجب معاقبة المعتدين على مال القطاع العام بحزم وصرامة أيا كانت درجاتهم فى السلم الادارى . وينبغى أن يكون العقاب أشد واظهر إذا كان المعتدى من كبار العاملين أو القادة الاداريين وذلك حتى يكون عبرة لمن يعتبر ، ولأنه أساء استغلال ما منحه القانون من سلطة ، وكفر بما هو فيه من نعمة .

وقد اثبتت التجارب أن الانسان لا يحسن السلوك عادة الا «خوفاً أو طمعاً» ، خوفاً من عقاب أو طمعاً فى ثواب . ولعل الخوف من العقاب مقدم على الطمع فى الثواب ، وذلك لأن اتقاء الشر عند الانسان غالباً ما يقدم على طلب الخير .

٢ – زيادة الأجور

احتلت زيادة الأجور المركز الثانى بين وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام .فحصلت هذه الوسيلة على ٦٢٢ من ٤٢٢٧ درجة بأى ١٤,٧١٪ من مجموع الدرجات .

وزيادة الأجور زيادة حقيقية أما عن طريق رفع قيمتها العددية أو بخفض تكاليف المعيشة لزيادة قوتها الشرائية يؤدى إلى الحد من الجرائم المالية

التى تقع بدافع الحاجة ، فضلا عن أثره كحافز على العمل وزيادة الانتاج ومن المعروف ان شدة العوز وضيق ذات اليد تعد بالنسبة للسارق فى الاسلام مانعاً من قطع اليد . وفى ذلك اعتراف بالفاقة كعذر فى حالة الاعتداء على مال الغير .

٣ ـ تشديد الرقابة

احتل تشديد الرقابة المركز الثالث كوسيلة من وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام . فحصل على ٥٨٢ من ٤٢٢٧ درجة ، أى ما يعادل ١٣,٧٧٪ من مجموع الدرجات .

ان من يعمل فى السر كعمله فى الجهر نادر بين الناس والنادر لا حكم له ، والغالبية العظمى من الناس لا تحسن السلوك الا تحت ضغط رقابة فعالة . هذه الرقابة يجب تبدأ من أعلى درجات السلم الادارى وتتسلسل هابطة إلى قاعدة التنظيم الادارى . وقد أثبتت التجارب فى المجتمعات المتخلفة على وجه الخصوص أن الاصلاح لكى ينجح يجب أن يبدأ من القمة . وإذا خضع أحد الرؤساء الاداريين خضوعاً دقيقاً لرقابة رئيسه فانه لابد سيحاول احكام الرقابة على مرؤسه لأنه يسأل عنه أمام رئيسه .

٤ ـ الاهتمام بالأخلاق

احتل الاهتمام بالأخلاق المركز الرابع باعتباره احدى وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام . فحصلت هذه الوسيلة على ٤٨٤ من ٤٢٢٧ درجة ، أى ما يعادل ١١,٤٥٪ من مجموع الدرجات .

ان أمر الأخلاق يبلغ من الأهمية مبلغاً يتوقف عليه صلاح أو فساد الانسان فى الدنيا منذ استخلفه الله فيها . فاذا أردنا منع الاعتداء على مال القطاع العام بل والنجاح فى حياتنا كلها وجب علينا أن نجعل من حسن الأخلاق

هدفاً ، فنهتم بتربية الناس على الخلق الكريم منذ طفولتهم المبكرة ، ونلفظ ما يخالفها فى كل مكان ، فى الدور ، وفى معاهد التربية والتعليم ، وفى وسائل الاعلام ، وفى كافة مصالح الدولة .

وقد يستغرق ادراك مثل هذا الهدف وقتاً طويلا وجهداً شاقاً ، غير أن هذه هى سمة الهدف العظيم لا يسهل ادراكه .

ويجب على وجه الخصوص حسن اختيار القائمين بالأعمال المالية فى الادارة . وقد لاحظت وزارة المالية والاقتصاد أخيراً من خلال التقارير المرفوعة اليها أن كثيراً من الموظفين الذين ثبت انهم تلاعبوا بأموال الدولة ، أو وقعت عليهم جزاءات ادارية لأمور تمس النزاهة والأمانة والشرف أو سبق أن اتهموا بالتبديد ، لا يزالون يقومون بأعمال مالية. وقد دفع ذلك الوزارة إلى اصدار قرار وزارى بتاريخ ٤ أغسطس سنة ١٩٧٣ يقضى بعدم اسناد الأعمال المالية بالدولة إلى الموظفين المشتبه فى أمانتهم أو الذين وقعت عليهم جزاءات لأمور تمس نزاهتهم واسنادها إلى الموظفين المشهود لهم بحسن الخلق والاستقامة . ويطبق هذا الأمر على مندوبى الصرف والحسابات والمشتريات والمخازن وأعمال التحصيل على اختلاف أنواعها .

٥ — تحسين العلاقات الانسانية

احتل تحسين العلاقات الانسانية بين وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام المركز الخامس . فنالت هذه الوسيلة ٤٦٥ من ٤٢٢٧ أى ١١٪ من مجموع الدرجات .

فاقامة علاقات حسنة بين العاملين يساهم فى تقليل الاعتداء على مال القطاع العام سواء كانت هذه العلاقات رأسية بين الرئيس والمرءوس أو أفقية بين رفقاء العمل . وذلك عن طريق حسن أداء العمل وهو مقوم بالنفود من ناحية وعن طريق معالجة الضغائن والاحقاد التى كثيراً ما تدفع إلى جرائم الاعتداء على مال القطاع العام من ناحية

أخرى . لذلك يجب العمل على المحافظة على كافة الاعتبارات التى من شأنها تحسين العلاقات الانسانية بين العاملين فى داخل العمل .

٦ – ديموقراطية الادارة

احلت وسيلة ديموقراطية الادارية بين وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام المركز السادس فحصلت على ٣٧٣ من ٤٢٢٧ درجة ، أى ما يعادل ٨,٨٢٪ من مجموع الدرجات .

وتساهم ديموقراطية الادارة فى تقليل الاعتداء الواقع على مال القطاع العام . والديموقراطية هى الوسيلة المثلى لكشف أفضل الحلول للمشاكل العامة إذ يؤدى تبادل وجهات النظر والنقد والانتقاد إلى تمحيص الحقيقة واظهار ما فى كل حل من عيب أو نقص . فالرئيس وحده لا يحيط بكل شىء ولا يرى رؤية صادقة كل ما يدخل تحت لواء رئاسته من مسائل . والمرءوس قد يفهم عمله وظروفه أكثر من رئيسه. أما ديكتاتورية الادارة وعدم الاعتداد برأى المرءوسين فيؤدى إلى الانحراف ويبعث التذمر فى النفوس ويدفع العاملين إلى التخريب وعدم المحافظة على مصالح الادارة .

٧ – زيادة حوافز الانتاج

إحتلت زيادة حوافز الانتاج المركز السابع بين وسائل منع الاعتداد على مال القطاع العام فحصلت على ٣٧١ من ٤٢٢٧ درجة أى ما يعادل ٨,٧٨٪ من مجموع الدرجات .

توجد علاقة وطيدة بين المصلحة الشخصية والاخلاص فى العمل . وقد اثبتت التجارب كما سبق القول أن الانسان فى كل زمان ومكان لا يخلص فى العمل الا خوفاً أو طمعاً ، خوفاً من عقاب أو طمعاً فى ثواب هذه هى طبيعة الانسان منذ فطر الله الناس عليها . فهم لا يعملون الا رغبة أو رهبة . وذلك سواء بالنسبة للدنيا أو للآخرة – فبالنسبة للدنيا يعمل الانسان

جاهداً طلباً للمزيد من المال ، «وانه لحب الخير لشديد» (١) . وبالنسبة للآخرة فان من أراد الآخرة وسعى لها سعيها وهو مؤمن فهو عادة إما من أولئك الذين هم من خشية ربهم مشفقون أو من هؤلاء الذين يطمعون أن يدخلون جنة نعيم .

وان أى مذهب أو نظام يتجاهل هذه الحقيقة فانما يحكم على نفسه بالفشل . فالحافز على العمل الجاد هو الشرط الأساسى الذى لابد من وجوده لتحقيق هذا العمل تحقيقاً كاملا . والحافز أما أن يكون مادياً أو معنوياً . ونتناول فيما يلى بيان النقاط التالية :

- الحافز المادى .
- الحافز المعنوى .
- الحافز فى الماركسية .

الحافز المادى :

والحافز المادى هو ذلك القدر من المال الذى يحصل عليه العامل مرتبطاً بعمله بحيث يزيد بزيادته وينقص بنقصانه مما يدفع العامل إلى العمل رغبة منه فى زيادة دخله . وقد مرت مصر بتجربة اشراك العاملين فى أرباح المشروعات التى يعملون فيها (١) . ولا شك أن هذه التجربة قد حققت بعض النجاح ولكنها فى حاجة إلى تعديل واصلاح حتى تحقق نجاحاً أكبر :

- فيجب أولا الا يقتصر توزيع الأرباح على العاملين الفنيين دون الاداريين إذ أن هؤلاء الآخرين يمثلون جانباً هاماً لاغنى عنه من جوانب الانتاج . وفى انكار دورهم تثبيط لهممهم واعتراف خاطىء بفكرة بعض الجاهلين من العامة الذين يعتبزون رجال الادارة رغم أهميتهم عالة عليها ، كسالى ، غير منتجين .

---

(١) الآية رقم ٨ من سورة العاديات .

(١) راجع المواد من ٢٢ إلى ٢٥ من قانون نظام العاملين بالقطاع العام رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ .

– ويجب ثانياً الا يحرم العاملون المخلصون فى عملهم من الحصول على حوافز مادية لمجرد أن الوحدات الاقتصادية التى يعملون بها لا تحقق أرباحاً لأسباب لا صلة لهم بها .

– ويجب ثالثاً الا يدفع الاشتراك فى الأرباح العاملين إلى التضحية بالجودة أو الكيف فى سبيل زيادة المقدار أو الكم . وقد انتشرت هذه الظاهرة مع الأسف فى وحدات القطاع العام فكثرت المنتجات المعيبة فى الأسواق ووجدت لها سنداً فى قلة المنافسة أو انعدامها فى أغلب الأحوال . تلك المنافسة التى كانت ولا تزال أهم الاعتبارات التى تدفع إلى تحسين النوع وخفض السعر . وقد ساعد على اهمال عنصر الجودة فى منتجاتنا قلة الرقابة من جانب المسئولين ، فضلا عن سوء تنظيم العمل فى كثير من الأحوال . ويكفى أن نذكر مثالا على ذلك من شركات الغزل والنسيج . فماكينة النسج الحديثة تتوقف تلقائياً بفعل أحد أجهزتها الحساسة عند ظهور أى عيب فى النسيج الذى يمر من خلالها لتترك فرصة لعاملها لاصلاح هذا العيب قبل اعادة تشغيلها . فما يكون من العامل فى الغالب إلا أن يعيد تشغيل الماكينة على عجل دون أن يكلف نفسه مشقة اصلاح عيب النسيج رغم ما قد يترتب على ذلك من مجازاته بالخصم من أجره . وذلك لأن الحد الأقصى لما يمكن أن يتحمله من خصم بسبب عيوب المنتجات طبقاً لنظام العمل يقل عن الزيادة فى المقابل التى يحصل عليها نتيجة لزيادة عدد الامتار التى انتجها من النسيج .

الحافز المعنوى :

أما الحافز المعنوى فهو الهدف غير المالى الذى يسعى العامل بعمله إلى ادراكه . وقد يكون هذا الهدف اخلاقياً أو دينيا أو قومياً .

– فالذى يريد أن يكون على خلق كريم يخلص فى عمله وإن قل مقابله المادى . إذ من الفضيلة أن يكون الانسان كريماً فيعطى أكثر مما يأخذ . وليس من اللازم أن يرجع ذلك إلى اعتبارات دينية فبعض الملحدين يتمسكون ببعض قواعد الاخلاق لما لها من فوائد محققة .

– والمتمسك بدينه يمكن أن يجتهد فى العمل ابتغاء مرضاة الله طمعاً فى جنته وخوفاً من جحيمه ، حتى ولو كلفه هذا العمل حياته أو ماله . فكم من شهيد أسلم الروح راضياً فى ساحة الوغى دفاعاً عن دين الله . وكم من غنى انفق كل ماله فى سبيل الله .

– والمعتز بقوميته لا يدخر جهداً فى سبيل رقى وطنه وتقدمه بصرف النظر عن المقابل المادى القريب الذى يحصل عليه . وقد ضرب المواطن الصينى المثل فى التضحية بالعمل الشاق دون نظر إلى المصلحة الشخصية والمقابل القريب من أجل تقدم بلده التى فاق معدل نموها توقعات العدو والصديق . وكذلك فعل المواطن اليابانى والمواطن الألمانى . وقد كان لهزيمة سنة ١٩٦٧ فى مصر أثر سىء على الروح المعنوية للعاملين بدأ فى الزوال باندلاع حرب التحرير فى ٦ اكتوبر عام ١٩٧٣ .

الحافز فى الماركية :

أكدت الماركسية فى تعليماتها أنه عندما تنقضى مرحلة ديكتاتورية البروليتاريا المؤقتة ، وتزول الفوارق بين الطبقات ، ويحقق المجتمع وفرة الانتاج ، تنتهى الدولة كأداة للقهر ، ويطبق مبدأ من كل حسب طاقته ولكل حسب حاجته . فالعامل القوى المثقف الذى يستحق كمقابل لعمله مبلغ مائة جنيه مثلا ، يعمل ولا يحصل الا على عشرة جنيهات فقط إذا كان لا يحتاج فى معاشه لأكثر من ذلك لقلة اعبائه العائلية . والعامل الضعيف الجاهل قليل الانتاج الذى لا يستحق كمقابل لعمله سوى عشرة جنيهات يمكن أن يحصل على مائة جنيه إذا كان عائلا يحتاج إلى نفقات كثيرة .

وقد ثبت بالتجربة أن هذه التعاليم الماركسية لا تتفق مع الحقيقة بل وتتجاهل الطبيعة البشرية(١). فمرحلة ديكتاتورية البروليتاريا وكذلك الفوارق

(١) وجدير بالذكر ان المذهب الماركسى لا يسمح بحرية الراى الا فى اطارة الضيق ، رغم ان الناس قد خلقوا مختلفين فى فكرهم وصورهم المعنوية كما هم مختلفون فى اشكالهم وصورهم المادية .

بين الطبقات لم تنته رغم مرور أكثر من نصف قرن على قيام الثورة البلشفية عام ١٩١٧ ولا تشير الدلائل إلى احتمال زوالها فى المستقبل . وإذا كان تنازل الانسان لغيره من ذوى الحاجة عن ثمرة عمله شيء جميل من الناحية الأخلاقية تحث عليه الأديان ، فان الفارق كبير بين ما يجب أن يكون وما هو كائن بالفعل . والتمسك بما يجب أن يكون نادر بين الناس من حيث الواقع ، والنادر لا حكم له . ومثل هذا المبدأ يصلح للتطبيق بين ملائكة السماء لا بين أناس الأرض الذين سيطرت عليهم الرذيلة وحب النفس والتفانى فى جمع المال . فمن يملك من الذهب قنطاراً يطمع فى الثانى وان رأى اخاه يتضور جوعاً . ومنذ نشأة الانسان قتل احد ابنى آدم أخاه ليحصل على ما ليس له ، ولا يزال الانسان إلى يومنا هذا يقتل نظيره حباً لنفسه وسعياً وراء غير المستحق . ولا يختلف الأمر على مستوى الجماعات . فكما كانت القبائل تغير على بعضها منذ أقدم العصور غصباً للمال . لا تزال الدول ينهب بعضها البعض بصرف النظر عن غنى المغير وفقر الضحية . ولما كانت هذه هى فطرة الناس فان الحال سوف يظل كذلك إلى أن تقوم الساعة .

من أجل ذلك اضطرت البلاد الماركسية بعد مرحلة من تطبيقها للمذهب إلى التغاضى عن بعض أسسه وتوجيهاته ، وتعديل البعض الآخر بما يتفق والطبيعة الانسانية (١) . تلك الطبيعة التى فطر الله الناس عليها وأغفلها المذهب المذكور كما أنكر فى تنظيمه المنظم الأعلى وهو الله سبحانه وتعالى ، فكان من نتيجة ذلك أن قلت حوافز العمل وزيادة الانتاج ، وسعى الكثيرون إلى تحقيق مصالحهم الشخصية بطرق غير مشروعة على حساب الصالح العام . تلك الحوافز

---

(١) بدا التفكير فى الحوافز المادية للعمل منذ عهد لينين الذى اعترف بدور المصلحة الشخصية فى العمل الا نسانى رغم ما فى ذلك من مجافاة لروح الماركسية وما يجب ان يكون حسب تعليماتها راجع : الدكتور عبد السلام بدوى : ادارة القطاع العام فى المجتمع الاشتراكى – ١٩٦٩ ص ٢٧٨ وما بعدها .

التى تظهر بوضوح فى مجال المشروعات الخاصة التى يجنى غنها أصحابها ثمرة عملهم كاملة غير منقوصة . فتطلعت الدول الماركسية إلى القواعد العلمية فى الادارة وبدأت تأخذ منها ما يصلح ما أفسدته التوجيهات الماركسية ، وغدا الاتجاه إلى تطبيق مبادىء علم الادارة العامة واضحاً فى كافة هذه البلاد ، وهو علم دقيق لا يتجاهل حقائق الأمور ، كان لامريكا رائدة بلاد الاقتصاد الحر الدور الأكبر فى نشأته وتقدم مبادئه .

ففى الاتحاد السوفيتى ادرك المسئولون أخيراً أن طبيعة الانسان تدفعه إلى الاخلاص فى العمل لنفسه أكثر منه لغيره . فعملت على الاستفادة من ذلك فى زيادة الانتاج عن طريق منح الحوافز المادية وربط زيادة دخل العامل بزيادة انتاجه وإثارة المنافسة بين العمال من أجل رفع معدلات الاداء والكفاءة الانتاجية . وقد عمل مشروع كوسيجين للاصلاح الاقتصادى منذ عام ١٩٦٥ على الحد من المركزية فى التخطيط والادارة فترك مزيداً من الاستقلال والحرية فى العمل للوحدات الانتاجية ، وجعل الربح هو المعيار الأساسى لكفاءة هذه الوحدات ، كما اهتم بزيادة حوافز الانتاج ووصل الأمر إلى حد اغلاق بعض المشروعات التى تحقق خسارة ، بطريقة تشبه نظام الافلاس . ويوجد اتجاه فى الاتحاد السوفيتى الآن إلى تطبيق المبادىء العلمية فى الادارة بصفة عامة وان خالفت اتجاهات المذهب أو كانت مستوردة من البلاد الرأسمالية (١) . وقد اعتبر البعض هذا التطور تحولا فى خط سير الاشتراكية نحو الرأسمالية الحديثة . وحاول البعض الآخر تفسيره فى اطار الفكر الماركسى (٢) . وأيا كان الأمر فان هذا التطور

---

(١) وقد بدا الصراع بين الاتحاد السوفيتى والبلاد الرأسمالية يترك مجالا للوفاق . ذلك الوفاق الذى بلغ مبلغاً لم يكن متوقعاً فى الأيام الأخيرة مع الولايات المتحدة الأمريكية ، مما اثار استهجان المتشددين من الماركسيين خاصة فى الصين الشعبية التى بدأت هى الأخرى – ومن الغريب – ، فى تحسين علاقاتها مع البلاد الرأسمالية .

(٢) راجع : دكتور اسماعيل صبرى عبد الله : تنظيم القطاع العام – ١٩٦٩ ص ١٣٩ .

يعتبر اعترافاً بجانب من الحقيقة التى تجاهلها المذهب الماركسى فى كثير من أفكاره خاصة فيما يتعلق بالطبيعة البشرية .

وفى يوغوسلافيا أدركت القيادة السياسية منذ وقت مبكر انه من العبث التمسك الأعمى بحذافير أو تعاليم أى مذهب انسانى فجعلت مصلحة المجتمع وتقدم الانتاج هدفاً تسعى إلى ادراكه وان خالفت بعض تعاليم الماركسية. وقد أخذت يوغوسلافيا منذ عام ١٩٥١ بنظام التسيير الذاتى أو الادارة الذاتية auto gestion وظلت تعمق وتطور مفهومه لدفع العاملين إلى العمل والانتاج حتى كاد يقترب من نظام الشركات المساهمة . وبمقتضى التسيير الذاتى لا تكون الملكية للدولة وانما يتملك العاملون وسائل الانتاج فى المشروع الذى يعملون فيه ملكية اجتماعية . ويحصل كل عامل على ثمرة عمله مما يحققه المشروع من ناتج . ويتولى العمال التصرف فى الفائض الذى يغله المشروع ولهم توجيهه إلى استثمارات جديدة بما يمكن أن يحقق لهم فى المستقبل دخلا أكبر (١) .

وتكتفى الخطة العامة فى يوغوسلافيا بوضع الخطوط العريضة تاركة التفصيلات للمشروعات التى تتمتع بقدر كبير من الاستقلال فى تحديد خططها وتمويلها وتنفيذها . وللعاملين مصلحة مباشرة فى حسن تدبير الأمور لرفع كفاءة الاداء وزيادة الانتاج حيث أن لهم كما سبق القول — حرية كبيرة فى التصرف فى أرباح المشروع . كما أن أسعار المنتجات تترك فى حدود كبيرة لظروف السوق والعرض والطلب وتلعب

---

(١) راجع : Edvard Kardelj, les contradictions de la proprieté sociale dans la pratique socialiste contemporaine, Questions actuelles de socialisme, Revue yougoslave, 1973, p. 3 et s. et suiv.
وراجع أيضاً : Jovan Djordjevic, la yougoslavie, collection " Comment ils sont gouvernés ", 1967, p. 38 et suiv.

المنافسة دوراً هاماً فى تحديدها . ولا تتدخل الدولة لتحديد الأسعار بطريقة تحكمية الا من حدود ضيقة وبقصد منع التضخم والمحافظة على حد ادنى لمستوى المعيشة . فاذا أخفق المشروع وتكبد خسائر وحصل على اعانة مالية لتفادى الافلاس ، فان هيئات الادارة فى هذا المشروع يكون مصيرها الحل والابعاد ، ويحرم العاملون مما كان يمكن الحصول عليه من أرباح . وهكذا فى سبيل زيادة الانتاج تتطور المشروعات العامة فى يوغوسلافيا لتأخذ طبيعة مقارنة لطبيعة المشروعات الخاصة . تلك المشروعات التى تظهر بصورة صريحة فى مجال الانتاج الزراعى ، حيث يتملك الفلاحون الأرض، يزرعونها ويسوقون محصولاتها بالطرق التى تروق لهم وبالأسعار التى يرضونها (١) .

وفى الصين بدأ الاهتمام بالادارة واصلاحها جذرياً منذ الثورة الثقافية عام ١٩٦١ . وعملت السلطات على البحث عن المبادىء العلمية وتطبيقها من أجل التقدم ، فنالت الادارة عناية كبيرة فى الدولة رغم إعتبار الماركسية لها أداة تسلط يجب أن تزول . وقد استطاعت القيادة فى الصين أن تبلغ بالروح المعنوية مبلغاً من الرفعة جعلها تمثل أقوى الحوافز على العمل والانتاج (٢) .

٨ — القدوة الحسنة

احتلت القدوة الحسنة من جانب الرؤساء وكبار العاملين المركز الثامن كوسيلة من وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام ، فحصلت على ٣٦٨ من ٤٢٢٧ درجة ، أى ما يعادل ٨,٧١٪ من مجموع الدرجات .

فاذا أراد القائد الادارى اصلاح ادارته وجب عليه أن يبدأ بنفسه ويضرب لمرءوسيه المثل فى العمل والاخلاص والمحافظة على أموال الدولة. لذلك يجب الاهتمام بحسن اختيار القادة والرؤساء الاداريين بأن يتوخى

---

(١) راجع : دكتور عبد السلام بدوى : ادارة القطاع العام فى المجتمع الاشتراكى ١٩٦٩ ص ٤٤٤ و ٥٠٤ وما بعدها .

(٢) راجع : Tsien Tche—hao, la République populaire de chine, 1970, P. 531 et suiv.

فى هذا الاختيار ليس فقط التأهيل المناسب وانما أيضاً وقبل ذلك الخلق الكريم .

٩ — تمليك المشروعات للعاملين فيها

احتلت وسيلة تمليك المشروعات للعاملين فيها المركز التاسع والأخير بين وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام فحصلت على ٢٧٥ من ٤٢٢٧ درجة أى ٦,٥١٪ من مجموع الدرجات .

ان الانسان العادى يحب نفسه أكثر من حبه للآخرين ، ويعمل مخلصاً متحملا المشاق من أجلها . لذلك فان العامل يعمل بجد ونشاط فى مشروعه الخاص أكثر وأعظم من عمله فى مشروع الدولة ، ويحافظ على أمواله محافظة لا تقارن بمحافظته على الأموال العامة أو أموال المشروعات العامة . وهذه طبيعة الانسان ادركتها بعض البلاد الاشتراكية فعملت على رفع كفاءة الادارة من خلال انانية الأفراد ، وذلك عن طريق تمليك المشروعات للعاملين فيها وهو ما حدث فى يوغوسلافيا على ما سبق بيانه .

ولا نجد مانعاً عندنا من محاولة تجربة هذا النظام بتمليك بعض المشروعات للعاملين فيها ، ودراسة نتائج التجربة بعد فترة من الزمن بقصد الاستفادة منها إذا نجحت فى مضاعفة الانتاج أو زيادة زيادة كبيرة .

خاتمة

وتوصيات

أكدت نتيجة البحث وقوع الاعتداء على مال القطاع العام سيما من جانب العاملين فى هذا القطاع سواء فى مستوى الادارة العليا أو الدنيا أو الوسطى وبأولوية هذا الترتيب . وتبين أن طرق الاعتداء على هذا المال هى الاختلاس ، والرشوة ، والاهمال فى أداء العمل ، والاستيلاء والسرقة واتلاف الأموال ، والحصول على أرباح وهمية ، والتمارض . واتضح أن أسباب الاعتداء على مال القطاع العام تتمثل فى انحطاط الاخلاق ، والقدوة السيئة ، وانخفاض المرتبات ، وعدم الشعور بالمصلحة العامة ، وعدم الحزم فى معاقبة المعتدين ، وضعف الرقابة ، وعدم الرضا عن المعاملة داخل العمل وزيادة عدد العاملين ، وكثرة الامتيازات التى منحها القانون للقطاع العام . واتضح أن وسائل منع الاعتداء على مال القطاع العام هى الحزم فى معاقبة المعتدين وزيادة الأجور ، وتشديد الرقابة ، والاهتمام بالأخلاق ، وتحسين العلاقات الانسانية ، وديموقراطية الادارة وزيادة حوافز الانتاج ، والقدوة الحسنة ، وتمليك المشروعات للعاملين فيها . كل ذلك حسب ترتيب الأولوية الوارد بالسياق .

وإذا كانت التجارب ولم تزل عماد طريقة البحث العلمى التى لا غنى عنها لكشف حقائق الحياة ، تلك الحقائق التى يجب أن تتخذ أساساً لكل عمل ناجح ، فلنستفد من تجاربنا فى القطاع العام لنصلح ما فسد من أموره دون اعتبار للمبادىء السياسية المستوردة من الشرق أو من الغرب .

ولم يكن من الحكمة أن نبدأ من حيث بدأ الآخرون ونقع فيما وقعوا فيه من أخطاء ، ونتبع سياسة التجربة والخطأ فى أمور ظهرت حقيقتها ولم تعد ثمة حاجة إلى اعادة التجربة فيها . وانما من الحكمة أن نستفيد من

تجارب الآخرين ونأخذ منها الدروس والعبر . وذلك حتى نسير فى ركب الزمن ونساير تقدم العصر .

ونورد فيما يلى التوصيات التى نستنبطها من البحث ونراها كفيلة برفع الاعتداء الواقع على أموال القطاع العام ، بل واصلاح شأن هذا القطاع كله إذا حسن تطبيقها :

١ — تشديد الرقابة من أعلى درجات السلم الادارى فى الدولة إلى أسفلها تمهيداً لجعل المفسدين من كبار المسئولين عظة لمن دونهم والمصلحين منهم قدوة لصغارهم . فقد ثبت أن احكام الرقابة على الصغار لا يثمر قبل تشديدها على الكبار . ويمكن أن تلعب هيئة الرقابة الادارية والجهاز المركزى للمحاسبات دوراً هاماً فى هذا المجال إذا أحسنت استخدام سلطاتها .

٢ — توقيع الجزاءات المناسبة على كل من المخطىء والمصيب من العاملين فوراً . فيمنح الثواب للعامل الكفء الأمين تشجيعاً له على مواصلة سلوكه الحميد، ويوقع العقاب على العامل المهمل الخائن ردعاً له عن سلوكه السيء . وذلك حتى يتضح الفارق جلياً للعاملين بين نوعى السلوك الطيب والخبيث من حيث النتيجة .

٣ — تحديد الاختصاصات الوظيفية على وجه الدقة . وذلك حتى يمكن مساءلة كل موظف عما يتعلق بواجبات وظيفته ولا تشيع التهمة بين أكثر من موظف . وكذلك وضع معايير إداء موضوعية لقياس مدى أداء كل عامل لواجبات وظيفته ومحاسبته عما يقع منه من تقصير أو أهمال .

٤ — محاسبة كل وحدة انتاجية عن نتائج أعمالها على نحو مفاجيء وعلى فترات متقاربة وكشف حقيقة وضعها بصراحة ودون مواراة وعدم ترك مجال للأرباح الصورية . وكذلك اجراء جرد حقيقى ومفاجيء على أموال القطاع العام بدلا من الجرد الصورى الذى لا فائدة فيه ، أو الدورى المحدد المدة الذى يعطى للموظفين فرصة لتغطية اعتداءاتهم على هذه الأموال

٥ ـ تخزين مهمات ومنتجات القطاع العام فى مخازن محكمة دون صرفها بكميات كبيرة دفعة واحدة أو تركها فى مناطق العمليات دون حراسة كافية كما يحدث فى مجال شركات المقاولات التى يكثر فيها وقوع الاعتداء على أموال القطاع العام .

٦ ـ اختيار الموظفين المنوط بهم حفظ المال فى القطاع العام من بين ذوى الخلق الكريم والمعرفة المناسبة ، وزيادة مرتباتهم ليكونوا أكثر تحصناً ولا تغريهم الأموال التى تحت أيديهم بالاعتداء عليها . ويحسن عدم الاعتماد على موظف واحد فى القيام بالعمل المخزنى ، فيكلف موظف آخر بمراجعة أمين المخزن أولا بأول .

٧ ـ تمييز منتجات وأدوات القطاع العام بعلامات مميزة حتى تفوت على المتهم فرصة تقديم فاتورة من تجار القطاع الخاص لاثبات مصدر المضبوطات . وكذلك تعبئة أكبر عدد ممكن من هذه المنتجات فى عبوات نمطية ذات أوزان موحدة يسهل تداولها . وذلك لتفادى التعلل بالجفاف وفروق الأوزان فى المواد الغذائية فى مجال الشركات الاستهلاكية .

٨ ـ زيادة أجور العاملين من حيث قيمتها الحقيقية أو قوتها الشرائية برفع قيمتها العددية أو خفض تكاليف المعيشة ، ومحاولة ربط الأجر بالانتاج . وذلك للقضاء على حالات الاعتداء على مال القطاع العام التى يكون الدافع اليها هو العوز وعدم القدرة على مواجهة تكاليف الحياة . ولكى لا تمثل زيادة الأجور عبئاً جديداً يتحمله القطاع العام نرى أن تسبقها حركة توعية واسعة النطاق يبين للعاملين فيها أن زيادة الأجور لن تتحقق الا بزيادة الانتاج والأرباح المحققة . فلو علم كل عامل أن اخلاصه فى عمله وحرصه على زيادة الانتاج يستتبع زيادة أجره لما ادخر جهداً فى سبيل ذلك . وبهذه المناسبة كتب أحد العاملين فى استمارة الاستقصاء يقول «نحن عشرة عاملين نتولى انجاز مهام أحد المكاتب بالادارة . ولو وزعت أجور العشرة على خمسة منا فقط لقاموا بالعمل كله بصورة أفضل ونفسية أكمل ،

فضلا عن توفير خمس عاملين يمكن الاستفادة منهم في نشاط آخر . فالمشكلة عندنا هي انخفاض الأجور وزيادة عدد العاملين في أغلب الادارات عن حاجاتها» .

٩ — الاهتمام بتحسين العلاقات الانسانية في داخل العمل سواء كانت هذه العلاقات رأسية بين الرئيس والمرءوس أم أفقية بين رفاق العمل . فبالنسبة للعلاقات الرأسية يجب تحرى الدقة في اختيار وإعداد القادة الاداريين حتى يحسنوا التفاهم مع مرءوسيهم ويقيموا الديمقراطية في الادارة . وبالنسبة للعلاقات الأفقية يجب اقامة العدل بين زملاء العمل وتحديد اختصاصتهم بدقة حتى يفهم كل منهم ما له وما عليه فلا يسيء إلى زميله بسبب العمل . فكم من ضرر يلحق بالقطاع العام وأمواله بسبب سوء العلاقات الانسانية والضغائن والأحقاد المتفشية بين العاملين .

١٠ — تعديل القوانين واللوائح التي تنظم العمل في القطاع العام بما يتفق ومبادىء علم الادارة التي يؤدى تطبيقها إلى حماية أموال هذ القطاع ونعطى كنموذج للوائح التي يجب تعديلها تلك التي تجعل الفائدة التي يحصل عليها عامل النسيج من زيادة انتاجه من الأمتار الرديئة الصنع أكبر من الغرامة التي تفرض عليه لعدم اصلاح عيوب النسيج رغبة في زيادة المقدار على حساب الجودة .

١١ — غرس القيم الاخلاقية في النفوس منذ الطفولة في كافة المجالات وبيان مفهوم أموال الدولة وفائدتها بالنسبة لسائر أفراد المجتمع ، وكيفية الاهتمام بها ، وعواقب الاعتداء عليها . وذلك في كل من البيت والمدرسة والعمل ووسائل الاعلام .

١٢ — تشجيع القطاع الخاص البناء ومنحه من الضمانات ما يكفل له القيام كقوة اقتصادية فعالة في الدولة ، مع خلق نوع من المنافسة بينه وبين القطاع العام . فالمنافسة تعتبر من أهم دوافع العمل الجاد لدى الانسان من طفولته إلى شيخوخته . كما أن الاقتصاد القومى يمكن أن يزدهر ويزداد

نمواً بتعاون كل من القطاعين العام والخاص . ونحن نؤيد اقتراح تدعيم القطاع العام باشراك القطاع الخاص فى رأسماله عن طريق مساهمته فى ٤٩٪ من أسهم شركاته . وهو الاقتراح الذى تقدمت به لجنة الميزانية والخطة فى أواخر ديسمبر ١٩٧٣ . إذ فى تطعيم القطاع العام برأس المال الخاص المصرى أو العربى انعاش له واضافة نوع جديد من الرقابة على أعماله هى رقابة المساهمين أصحاب المصلحة فى رفع كفاءته الانتاجية وزيادة أرباحه . وليس فى ذلك ما يقلق ما دامت شركات الاقتصاد المختلط المقترحة ستعمل فى اطار خطة التنمية فى الدولة وتحت سيطرة القطاع العام الذى سيحتفظ بأغلبية الأسهم . كما ليس فى ذلك مساس بالاشتراكية وقد رأينا تطورها فى البلاد التى نشأت فيها من أجل تحقيق مصالحها . هذا فضلا عن ان المذاهب الانسانية ناقصة مهما بلغت ومن الخطأ تقديسها أو تحريم تطويعها لخدمة الانسان الذى يطبقها .

١٣ — نشر المراكز المالية لشركات القطاع العام على الشعب بدقة . وتصفية الشركات الخاسرة منها أو بيعها للقطاع الخاص . ولا يستثنى من ذلك سوى الشركات التى تصرف لها الدولة اعانات لتقدم انتاجها إلى الشعب بسعر منخفض لاعتبارات تقدر أهميتها . على أن يكون ذلك فى أضيق الحدود الممكنة .

١٤ — السماح لهيئات البحث العلمى باجراء ما يعن لها من أبحاث دون أى قيد أو شرط . اللهم إلا فى الحدود الضيقة المتفق عليها فى البلاد الدمقراطية المتقدمة . وذلك للمساهمة فى اظهار الأمور على ما هى عليه . حتى نستطيع أن نسير بخطا منتظمة فى نور الحق بدلا من التخبط الأعمى فى ظلام الباطل .

بسم الله الرحمن الرحيم

مناط الالزام بالأحكام المدنية

للدكتور مصطفى الجمال

١ – لا يكشف تصفح مؤلفات الفقه المدنى عن مكان محدد فيها لمدرك «مناط الإلزام بالأحكام المدنية» . ومع ذلك فاتخاذ هذا المدرك منطلقاً للتفكير يوصل إلى عديد من المباحث التى تثير مشكلة الإلزام بأحكام القانون بصفة عامة وأحكام القانون المدنى بصفة خاصة ، كما هو الحال فى مبحث نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص فى النظرية العامة للقانون ، وفى مبحث الشخصية والأهلية فى النظرية العامة للحق ، وفى مبحث دور الارادة فى الالزام بالتصرف القانونى ومدى ارتباط وجودها بتوافر الإدراك ومبحث دور الخطأ فى الإلزام بالتعويض ومدى لزوم التميز لقيامه فى نظرية الالتزام .

ولا شك أن هذه المباحث تناقش أمهات المسائل التى يثور حولها الجدل وتتصارع فى شأنها النظريات فى الفقه القانونى المعاصر ، دون أن يصل إلى تصورات تستجيب إلى اعتبارات العلم والعمل ، وتوفق بين النظرية القانونية وأحكام القانون الوضعى . ولا شك كذلك أن مثل هذه التصورات مازالت بعيدة المنال ، أمام ما يشهده القانون المعاصر من تحولات عميقة – لم تبلغ بعد منتهاها – وما تستتبعه هذه التحولات من اتجاه النظم القانونية نحو التفكك مخلفة وراءها حاجة مستمرة للتفكير وإعادة النظر وإعادة البناء من جديد(١).

وقد يبدو ، لأول وهلة ، أن هذه المباحث السابقة تثير مشاكل متمايزة

(١) أنظر فى تفصيل هذه الظاهرة بحثاً لنا بعنوان « الجهل بالأحكام المدنية » منشور فى مجلة الحقوق ، العدد الأول والثانى ١٦ – ١٩٧١ ؛ رينيه سافتييه ، التحولات الاقتصادية والاجتماعية للقانون المدنى المعاصر ، جـ ١ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٤ ؛ فريدمان ، القانون فى مجتمع متغير ، ١٩٥٩ (بالانجليزية) ؛ ديجى ، التغيرات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون ، الطبعة الثانية ، ١٩٢٠ .

ومنفصلة إحداها عن الأخرى ، على نحو لا مجال معه للبحث عن حلولها فى مدرك مبدئى واحد . فمبحث تطبيق القانون من حيث الأشخاص يثير مشكلة الجهل بالقانون، وحلول هذه المشكلة ترتبط بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ومبحث الشخصية يثير مشكلة الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وحلول هذه المشكلة ترتبط بموقفنا من فكرة الحق ومن تعريفه . ومبحث الأهلية يثير مشكلة استعمال الحقوق وحلول هذه المشكلة ترتبط بفكرة الإرادة كأداة لاستعمال الحقوق وفكرة النيابة عن عدم الإرادة أو ناقصها فى مباشرتها . ومبحث الإرادة والإدراك فى التصرف القانونى يثير مشكلة أساس الإلزام بالتصرف القانونى وحلول هذه المشكلة ترتبط بالموقف الذى نتخذه من مبدأ سلطان الارادة . ومبحث الخطأ وما إذا كان التمييز عنصراً فيه يثير مشكلة أساس الالتزام الناشىء عن الفعل الضار وحلول هذه المشكلة ترتبط بالخيار المطروح بين مبدأ التخيير ومبدأ التسيير .

ومع ذلك فالتمعن فى الأمر يكشف عن أن هذه المشاكل ترتد فى أعماقها إلى تساؤل أساسى واحد ، هو التساؤل عما إذا كان خطاب القانون يتوجه إلى الإنسان — مجرد الإنسان — أو يتوجه فحسب إلى الإنسان الذى يتمتع بقدر أو آخر من الملكات الذهنية يمكنه من العلم به وفهم مقتضاه والتصرف على هذا المقتضى ، أو يتوجه بعضه إلى هذا ويتوجه بعضه إلى ذاك.

فمشكلة الجهل بالقانون تتفرع عن مشكلة القوة الملزمة للقانون ومدى توقف إلزام المخاطب به بأحكامه على علمه أو إمكان علمه بوجوده وبمضمونه (١)، ومشكلتا الشخصية والأهلية تتفرعان عن مشكلة الأثر الذى يرتبه خطاب القانون بالنسبة للإنسان ومدى ارتباط وقوعه فى حقـــه بقدرته على الفهم والتقدير أو بتوافر صفة معينة فيـــه هى صفة العقل أو الادراك ، ومشكلتا الإرادة والإدراك فى التصرف القانونى ، والخطأ وما إذا كان التخيير عنصراً فيه ، تتفرعان عن مشكلة مسئولية

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك ، بحثنا سابق الاشارة اليه .

الإنسان عما يأتيه من أفعال نافعة أو أفعال ضارة ومدى توقف هذه المسئولية على إمكانية تقدير نتائج أفعاله الارادية أو المادية وحريته فى اختيار ما يأتيه منها .

ولاشك أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على البصر بمضمون خطاب القانون ذاته ، وما إذا كان هذا المضمون يتمثل فى مجرد الاعتراف با لحقوق وإثباتها للإنسان وحمايتها ، اعترافاً وحماية لايتوقفان على قدراته الذهنية ، أو يتمثل فى قواعد اجتماعية ، تقتصر على سن السلوك المحقق لأهداف المجتمع وغاياته والإلزام به إلزاماً لايتصور إلا بالنسبة لمن يتمتع بملكة التمييز أو العقل ، وتعتبر الحقوق المدعاة مجرد نتاج لتطبيقها .

ومن الواضح أن نظرة سريعة إلى أحكام القانون الوضعى تكشف عن صعوبة الانسياق وراء اتجاه معين فى هذا الصدد . فهناك حقوق والتزامات تترتب على وقائع لا دخل للإنسان فيها وتثبت له بصرف النظر عن ملكاته الذهنية ، كتلك الناشئة عن أحكام الميراث أو الالتصاق أو النفقة بين الأقارب أو الضرائب . وهناك حقوق والتزامات تترتب على فعل الإنسان الإرادى ، ولا تثبت للإنسان أو عليه إلا إذا كان متمتعاً بالتمييز أو العقل ، أو كان على الأقل مزودا بنائب قانونى يقوم بهذا الفعل باسمه ولحسابه ، كما هو الحال فى الحقوق والالتزامات التى يكون التصرف القانونى مصدرها . وهناك التزامات تترتب على فعل الإنسان المادى ، وتثبت أحياناً على المميز وحده وأحياناً أخرى على المميز وغير المميز على السواء ، كما هو الحال فى الالتزام بالتعويض عن الفعل الضار .

وهذا التباين فى مناط ثبوت الحقوق والالتزامات المدنية لابد أن يرجع إلى تمايز فى مضمون الخطاب ذاته وما يفترضه هذا التمايز من اختلاف من يتوجه إليه الخطاب. ومن ثم يمكن القول — دون مصادرة على المطلوب — أن ماتعانيه النظرية القانونية من صعوبات فى هذا الشأن مرجعه مادرج عليه الفقه من النظر إلى محتوى القانون نظرة تجريدية موحدة من خلال فكرة

الحق أو من خلال فكرة قاعدة السلوك . فهذا النظر يحجب فى الواقع حقيقة اختلاف مضمون أحكام القانون واختلاف مناط تعلقها بالإنسان باختلاف هذا المضمون . وهذا النظر يحجب كذلك — وترتيباً على عدم البصر بالحقيقة السابقة — ماهية علاقة القانون بأحداث العالم — أفعالا للإنسان كانت أوغيرها — وصلة هذه الأحداث بالإنسان الذى تترتب له الحقوق أو تترتب عليه الالتزامات ، ومن ثم يحجب حقيقة المدلول القانونى لهذه الأحداث (١) . فالحقوق والالتزامات ينظر اليها تارة كنتاج للإرادة أو الخطأ أو لغير ذلك من الوقائع ، وتارة أخرى كنتاج مباشر لقواعد القانون ، كما لو كان الخيار بين هذين النظرين أمراً مفروضاً من الناحية المنهجية ، على نحو يستحيل معه إيجاد دور واضح ومتميز لكل من هذه الوقائع والقانون فى إنتاج الحقوق والالتزامات فى آن واحد .

٢ — وعلى هذا النحو السابق يتضح هدفنا من هذه الدراسة ويتبين منهجنا فى مواجهتها . فهدفنا هو البحث عن نقطة الالتقاء بين الأنظمة المختلفة السابقة من خلال فكرة جامعة لها هى فكرة مناط الإلزام بالأحكام ، باعتبار كل منها يهدف إلى التعبير عن وجه أو آخر من أوجه الإلزام بهذه الأحكام أو بما يترتب عليها من آثار . ومنهجنا هو الوصول إلى هذا الهدف على مرحلتين . فأما المرحلة الأولى فتبدأ من القانون ذاته فى محاولة للإمساك بمضمونه كمنطلق للوصول إلى تصور نظرى يستجيب لحقيقة القانون الوضعى ويحدد مناط الإلزام بأحكامه . وأما المرحلة الثانية فتبدأ من الوقائع التى يواجهها القانون ويولد منها الحقوق والالتزامات فى محاولة لتفسير مغزاها

(١) من الواضح أن أحداث العالم تدور فى المكان والزمان وفقاً لمبدأ السببية الطبيعية . وهى بهذه المثابة ليس لها إلا مدلولها الحسى . غير أن هذه الأحداث تأخذ مدلولا آخر هو مدلولها القانونى الذى تستمده من القاعدة القانونية (فى التمييز بين الحدث ومدلوله القانونى أنظر :

KFLSEN, theorie pure dn droit, Traduction de ch. EISENMANN, Paris 1962, P. 2 et S.

كمنطلق للمطابقة بين مناط تولد الحقوق والالتزامات منها ومناط الإلزام بأحكام القانون .

الفصل الأول : مناط الإلزام بالأحكام المدنية وبنيان القانون.

الفصل الثانى : مناط الإلزام بالأحكام المدنية وإعمال القانون .

الفصل الأول

مناط الإلزام بالأحكام المدنية وبنيان القانون

٣ — تعرف النظرية القانونية اتجاهين متباينين في تصور بنيان القانون ومناط الإلزام به (١). فأما الاتجاه الأول فيتخذ من حرية الأفراد موضوعاً للقانون ، ومن حقوقهم بنياناً له ، وينتهي إلى أن مناط الإلزام بالقانون هو وجود الإنسان ذاته ، تأسيساً على أن ثبوت هذه الحقوق له يصاحب هذا الوجود . وأما الاتجاه الآخر فيتخذ من سلوك الأفراد في المجتمع موضوعاً للقانون ، ومن واجباتهم بنياناً له ، وينتهي إلى أن مناط الإلزام بالقانون هو توافر الوعي والإدراك لدى الإنسان لا مجرد وجوده ، تأسيساً على أن التكليف بهذه الواجبات يفرض توافر الوعي والإدراك لديه .

ولا جدال في أن كلا من الاتجاهين السابقين يسلم بأن القانون مظهر من مظاهر الضبط في المجتمع يعتمد الإجبار وسيلة لضمان الحياة الإنسانية فيه ، وإن كان كل منهما يعكس مع ذلك تصوراً للقانون ومناط الإلزام به غير التصور الذي يعكسه الآخر . ومرجع ذلك هو أن كلا منهما ينظر إلى الضبط الاجتماعي في أحد وجهيه ، ويتصور مناط الإلزام بأحكام القانون انبعاثاً من هذا الوجه دون الوجه الآخر . فالاتجاه الأول ينظر إلى الضبط الاجتماعي من جهة ما يكفله للفرد من حرية في التصرف وقدرة على المبادرة ، فيجعل

---

(١) أنظر في تفصيل ذلك ، روبييه ، النظرية العامة للقانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٥١ ، الفصل الثالث ، ص ٢٢٧ ، ومابعدها ؛ فالين ، الفردية والقانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٩ .

وأنظر في الاتجاهات الفلسفية المختلفة التي تنبع منها هذه الاتجاهات القانونية ، البرت بريمو ، التيارات الكبرى في فلسفة القانون والدولة ، ١٩٦٧ ؛ جورج كالينويسكي ، المنطق وفلسفة الحق الشخصي ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٤ ، ص ٣٨ ومابعدها .

مناط الإلزام بأحكام القانون هو وجود الإنسان ذاته ، باعتبار هذه وتلك من طبيعة الإنسان التى فطر عليها (١) . والاتجاه الآخر ينظر إلى هذا الضبط من زاوية مايرسمه للإنسان من سلوك وما يفرضه عليه من واجب اتباع السلوك المرسوم ، فيجعل مناط الإلزام بأحكام القانون توافر القابلية للتكليف ، باعتبار ما يصاحب ظاهرة الضبط الاجتماعى من قيود على حرية الاختيار وحرية المبادرة .

وهذا الاختلاف فى زاوية النظر إلى الضبط الاجتماعى ينبع من اختلاف النظر إلى علاقة الفرد بالمجتمع (٢) ، وموقع كل منهما من أهداف القانون وغاياته . فالاتجاه الأول يبدأ من الفرد ذاته باعتباره القيمة الأولى فى الوجود ، فلا يعترف إلا به هدفا للقانون ، ولا يصدر إلا عنه فى تحديد بنيانه ، فيجعل فكرة الحق الفردى حجر الزاوية فى هذا البنيان، ويربط بين مناط ثبوت الحق ومناط الإلزام بالقانون . والاتجاه الآخر يبدأ من المجتمع باعتباره قيمة تعلو على قيم الأفراد المكونين له ، فيحله محل الفرد فى كل ذلك ، ويصل إلى وضع السلوك الاجتماعى فى مركز الصدارة من القانون ، ويربط بين مناط التكليف بهذا السلوك وبين مناط الإلزام بالقانون .

وعلى هذا النحو يمكن القول بأن المنهج السائد فى تصور مناط الإلزام بالقانون — سواء أكان ذلك من خلال فكرة الحق أو من خلال فكرة السلوك الاجتماعى — يستند إلى محاولات تحديد بنيان القانون من خلال مدركات فلسفية خارجة عن جوهره ، وإلى مايقتضيه اعتناق موقف فلسفى أو آخر فى هذا الصدد من التركيز على أحد جوانب هذا البنيان دون الجانب

(١) جورج كالينويسكى ، المقال السابق ، حيث يربط بين الحق وبين القاعدة القانونية المبيحة للسلوك .

(٢) أنظر فى ذلك ، روبييه ، المرجع السابق فى الموضع السابق ؛ فالين ، المرجع السابق ؛ جلال العدوى ، القانون والاجتماع الانسانى، فصلة من مجلة كلية الحقوق ، العددان الثالث والرابع السنة الخامسة ١٩٧٠ ؛ عبد المنعم البدراوى ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ ، بند ١٤ وما بعده ، ص٣١ ومابعدها ؛ توفيق فرج ، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٦٩ — ١٩٧٠ ، ص ٣٩ ومابعدها .

للقابل . وهذه الحقيقة من شأنها أن تقترح على الذهن منهجاً آخر فى البحث عن بنيان القانون – ومن ثم مناط الإلزام بأحكامه – هو منهج النظر إلى جوهر القانون ذاته وتحليله تحليلا علمياً لا يرتبط بموقف فلسفي مسبق (١) ، على مثل هذا المنهج يؤدى إلى الكشف عن اختلاف فى أحكام القانون ذاتها يستتبع اختلاف مناط الإلزام بها .

المبحث الأول : مناط الإلزام بالأحكام المدنية ووحدة بنيان القانون .

المبحث الثانى : مناط الإلزام بالأحكام المدنية وازدواج بنيان القانون .

المبحث الاول

مناط الالزام بالاحكام المدنية ووحدة بنيان القانون

٤ – عرفت البشرية القانون خلال تاريخها الطويل فى صورة قواعد تحكم نشاط الإنسان الفرد وتصرفاته ، وتسعى من خلال ذلك إلى كفالة استمرار الروابط الاجتماعية ، على نحو تبدو معه المراكز القانونية للأفراد كمجرد «تفريد» لهذه القواعد (٢) .

---

(١) أنظر فى محاولات الوصول إلى مثل هذا المنهج ، كلسن ، المرجع السابق ؛ البرت بريمو ، المرجع السابق، المبحث الخامس من القسم الثانى ، ص ٢٧٩ ، ومابعدها ، والمراجع المشار اليها ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ ؛ بول أمسلك ، المنهج الظواهرى ونظرية القانون ، ١٩٦٤ . وأنظر كذلك كالينويسكى :
La logique des normes d'Edward Husserl
أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٥ ص ١٠٧ ومابعدها ، أعمال المجمع الثانى لفلسفة القانون المقارنة ، المنعقد فى تولوز سبتمبر ١٩٦٦ ، والمنشور فى مجموعة فلسفة القانون والدولة المقارنة ، جـ٢ ، تحت عنوان « المنطق القانونى » ، ١٩٦٧ . وأنظر كذلك مؤلف رنييه كابيتان ،
L'illicite. T. 1 .. L'imperatif juridique, 1929.

(٢) روبييه ، الحقوق والمراكز القانونية ، باريس ١٩٦٣ ، بند ٢١ ص ٦ ومابعدها ، النظرية العامة للقانون ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ وما بعدها ؛ رسالتنا «تطويع العقد للظروف الاقتصادية ، باريس ١٩٦٧ ، المقدمة ؛ ليون ديجى ، التغيرات العامة القانون الخاص منذ مجموعة نابليون ، الطبعة الثانية ، ١٩٢٠ .

غير أن العصر الحديث — الذى صاحب مولد النهضة الأوروبية — قد شهد انبعاث نظرة جديدة ترى فى القانون حقوقاً فطرية للإنسان ، وتحصر وظيفة السلطة العامة فى تحديد حقوق كل فرد وكفالة احترامها، منكرة عليه دور التحكم فى سلوك الفرد وتصرفاته تحقيقاً لأهداف أو غايات اجتماعية عامة تعلو عليه .

ولا شك أن هذه النظرة الجديدة كانت تعبر عن روح العصر الذى نبتت فيه .فقد كان من نتيجة الانفتاح التجارى فى عصر النهضة أن نمت الثروة ونمت المبادرة الفردية وتأصلت المنافسة وأخذت تمارس تأثيرها على مختلف أوجه الحياة ، حتى ظهر الإنسان الفرد الذى يشعر باستقلاله جنباً إلى جنب مع شعوره بقدره الحر (١) . غير أن هذه المعطيات لم تلبث أن شهدت تغييراً حاسماً مع دخول الثورة الصناعية تمثل من ناحية فى تدعيم الشعور بالاستقلال ، ومن ناحية أخرى فى تحويل الشعور بالحرية إلى شعور بالتبعية لا قبل للمجتمع وإنما قبل أصحاب الثروة فيه (٢) . فقد أدت حرية المبادرة فى ظل التحول الصناعى إلى تركيز الثروة فى أيد قليلة وتحول مجموعات متلاحقة من الأفراد إلى العمل التبعى وما صاحب ذلك من استغلال الأولين لجهد الآخرين . ونتيجة لكل ذلك كان لابد أن يترك القانون خاصيته الحمائية ليصبح أداة متحركة للإصلاح الاجتماعى والاقتصادى. ومن هنا فقد أطلت من جديد النظرة القديمة للقانون ، تلك النظرة التى تقف عند فكرة قاعدة السلوك وتعتبر المراكز القانونية الفردية كمجرد «تفريد» لها (٣) . وعلى هذا النحو فقد أخذ التحليل القانونى المعاصر يشهد صراعاً

---

(١) أريك فورم ، الخوف من الحرية ، طبعة ١٩٦١ ، لندن ، ص ٣٣ ومابعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ٨١ .

(٣) أنظر المراجع والمشار اليها فى الحاشية رقم ٢ من الصفحة السابقة؛ وأنظر كذلك: كوانج ، مغزى فكرة الحق الشخصى ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٤ ، ص ١ ومابعدها ، خاصة ص ٦ .

عنيفاً بين فكرتى الحق وقاعدة السلوك ، بكل مايستتبعه هذا الصراع من بلبلة واضطراب وما يتركه من أثر على تحديد مناط الإلزام بأحكام القانون. فالفقه المدنى الغالب – الذى يجعل نظرية الحق محور القانون المدنى بصفه عامة – مازال يقتصر فى تناوله لنطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لينتهى إلى شرعيته وإطلاقه ، وينتقل من بعد إلى نظرية الحق ليناقش موضوع الشخصية باعتبار الشخص هو صاحب الحق (١) ، تاركاً موضوع الأهلية والإدراك إلى دراسة النظرية العامة للالتزام على اعتبار أنها عناصر فى التصرف القانونى أو فى الخطأ الذى ينشأ عنه الالتزام . والفقه المنكر لفكرة الحق يقف عند فكرة القاعدة القانونية ، فيجعل من الشخص مجرد مخاطب بأحكام القانون ويجعل من الوعى والإدراك شرطاً لقيام الشخصية ذاتها ، ويكاد بذلك يلغى موضوع الأهلية ويمحو موضوع الوعى والإدراك من مباحث التصرف القانونى والفعل الضار فى نظرية الالتزام (٢) .

المطلب الأول : مناط الإلزام بالأحكام المدنية وفكرة الحق الفردى .

المطلب الثانى : مناط الإلزام بالأحكام المدنية وفكرة قاعدة السلوك .

المطلب الأول

مناط الالزام بالاحكام المدنية وفكرة الحق الفردى

وضع المشكلة :

٥ – على الرغم مما يدعيه دعاة الفردية من قدم فكرة الحق قدم القانون

---

(١) وأنظر مع ذلك : عبد الناصر توفيق العطار ، مبادى القانون، ١٩٧١ ،ص٢٥١، حيث يعالج موضوع الشخصية فى مبحث بعنوان « فى الأشخاص المخاطبين بحكم القانون» .

(٢) أنظر عرضاً للاتجاهات المختلفة فى هذا الصدد فى مؤلف الدكتور عبد الحى حجازى ، المدخل لدراسة العلوم القانونية – القانون ، ١٩٦٦ ، ص ١٠٤ – ١٠٨ .

والإنسان ، فإن مصطلح الحق لم يأخذ مفهومه الفردى الذى يضفيه عليه الفقه المعاصر إلا مع الفلسفة الحديثة التى ولدها مجتمع مابعد النهضة (١) .

فحتى عصر النهضة كانت السيادة لفلسفة أرسطو التى تركز جوهر النظام الطبيعى للعالم فى فكرة العدل بمفهومه الموضوعى المجرد ، وترى فى القانون الوضعى وسيلة لإقامة هذا العدل بين الناس ، وفى الحق تجسيدا لما يقتضيه فى المراكز الخاصة للأفراد (٢) .

ولكن مجتمع النهضة قد ولد فلسفة جديدة ترفض هذا التصوير الموضوعى للنظام الطبيعى ، وتركز جوهر هذا النظام فى فكرة فردية هى فكرة الحرية ، وترى فى القانون وسيلة لضمان هذه الحرية ، وفى الحق تجسيداً لما تتيحه من خيارات فى الفعل وفى التصرف تحقيقاً للمصالح الخاصة الذاتية . ومن هنا كان استعمال مصطلح الحق بمفهوم فردى منبت الصلة بفكرة العدل فى معناها الموضوعى المجرد (٣) ، وكان النظر إلى القانون كمجموع من

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك : ميشيل فيلى ، جذور فكرة الحق ، دروس فى تاريخ فلسفة القانون ، ١٩٦٢ ، ص ٢٢١ ومابعدها . وفى هذا الصدد يكشف المؤلف عن بداية استعمال كلمة Jus فى المعنى الذاتى على يد Grotius ثم يتتبع ما أثاره الفقه المعاصر له من تحفظ على هذا الاستعمال بالنظر لانحرافه عن التقاليد الرومانية الموروثة ، ثم يؤيد ماانتهى اليه من نتيجة بتتبع استعمال اللفظ المذكور منذ عصر القانون الرومانى إلى عصر النهضة . وأنظر كذلك فى ذات المعنى ، روبيية ، الحقوق والمراكز القانونية ، ١٩٦٣ ، ص ٦٨ ؛ كوانج ، المقال السابق .

وأنظر فيما يرد على مثل هذا المنهج فى التدليل على حداثة فكرة الحق من تحفظ : دابان ، الحق الشخصى والاتجاه الشخصى فى القانون (Droit subjectif et subjectivisme juridique) أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٤ ، ص ١٨ ومابعدها .

وأنظر فى مختلف جوانب الحق الشخصى : العدد المذكور من أرشيف فلسفة القانون .

(٢) ويلاحظ أن الاستعمال الشعبى لمصطلح الحق يصرفه فى الواقع الى معنى موضوعى يتمثل فيما هو عدل ، ويكاد يقابل بينه وبين مصطلح الظلم .

(٣) ميشيل فيلى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٤ ؛ دابان ، الحق ، باريس ١٩٥٢ ، ص ٥٦ ومابعدها ؛ محمد الشقنقيرى ، جيرمى بنتام : نقد حقوق الانسان ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٤ ، ص ١٢٩ ومابعدها .

الحقوق لا يقبلها من الواجبات إلا ماتفترضه هي ذاتها باعتبار ما يفرضه الاعتراف بها من حمايتها وضمان التمتع بها (١).

وهكذا صار القانون الخاص هو قانون الحقوق الفردية أو الذاتية للإنسان واستعمالها ، وصار القانون العام هو قانون حماية هذه الحقوق وضمان التمتع بها تجاه الدولة (٢) . وترتيباً على ذلك فمناط الإلزام بأحكام القانون لابد أن يكون بالضرورة هو مناط ثبوت الحقوق ومناط استعمالها . ولذلك صارت دراسة نظرية الحق تتناول الأفكار الأساسية فى تحديد مناط الإلزام بالأحكام المدنية — وهى فكرة الشخصية كمناط لثبوت الحق وفكرة الأهلية كمناط لاستعماله — وصارت فكرة صاحب الحق — وجوده وأهليته — تستنفذ بالضرورة فكرة شخص القانون . فأشخاص القانون هم أصحاب الحقوق لا أكثر ولا أقل ، بحيث يكفى أن نحدد ماهو الحق حتى نعرف من هو الشخص أو أن نحدد من هو الشخص حتى نعرف ماهو الحق (٣) . ومن هنا توالت محاولات ضبط كل من الفكرتين ، إحداهما على الأخرى فى إطار تصور منطقى واحد يستجيب إلى أحكام القانون الوضعى . فإلى أى حد استطاعت هذه المحاولات أن تصل إلى هدفها المنشود ؟

١ — ارتباط الشخصية بفكرة صاحب الحق

الحق بين الارادة والمصلحة :

٦ — يتنازع فكرة الحق بصفة عامة مذهبان رئيسيان ، أحدهما ينسب

---

(١) أنظر كمثال فريد على هذا المنطق : روجان Rogion ، العلم القانونى المجرد ، ١٩٢٣ ، ج ٣ ، ص ٦٦٢ . فهو يضع عنواناً للمشكلة التى يعالجها فى هذه الصفحات (تعاريف ونظريات القاعدة القانونية) ، ثم يتكلم تحت هذا العنوان مباشرة عن الحقوق وتقسيمها إلى حقوق مطلقة (الحقوق العينية) وحقوق نسبية (الحقوق الشخصية) ، مفترضاً أن فكرة القاعدة القانونية ليس لها من معنى سوى معنى الحقوق .

(٢) ميشيل فيلى ، المرجع السابق ، ص ٢٥٠ .

(٣) فى هذا المعنى ، ليون ميشو ، نظرية الشخصية المعنوية الطبعة الثالثة ، ١٩٣٢ ، ج ١ بند ٣١ ، ص ٧٠ .

إلى الفقيه سافيني ويرى أن جوهر الحق إرادة صاحبه ، وينتهي إلى أن الحق هو «قدرة إرادية». والآخر ينسب للفقيه اهرنج ، ويرى أن جوهر الحق هو محله ، وينتهي إلى أن الحق هو «مصلحة يحميها القانون»(١) .

ومذهب إرادة صاحب الحق أو «القدرة الإرادية» يستمد أصوله مباشرة من الأصول الفلسفية لفقه الحقوق الذي يعتقد أن الناموس الطبيعي هو ناموس الحرية التامة بما تعنيه من قدرة الإنسان على التصرف أو النشاط وفق مشيئته ، وأن القانون هو مجرد ترجمة لهذا الناموس (٢) . وعلى هذا النحو فالحق الفردي هو «قدرة يخولها القانون لإرادة، هو مكنه في أن يراد يعترف بها القانون» (٣) ، «والحقوق الشخصية هي تلك التي بمقتضاها تعين إرادة صاحب الحق سلوك فرد معين تجاه هذا الصاحب ، بالمقابلة مع الحقوق العينية ، التي بمقتضاها تعين إرادة صاحب الحق سلوك الغير قبل شيء معين» (٤).

واتساقاً مع هذا المفهوم كان لابد أن ترتبط الشخصية ذاتها بالقدرة الإرادية فيعتبر شخصاً في حكم القانون من يتمتع قانوناً بهذه القدرة ولا يعتبر كذلك من لا يتمتع بها . فالشخص هو صاحب الحق ، ومن يتصور أن تكون له حقوق هو من يتمتع بالقدرة الإرادية .

ولاشك في أن القانون لا يعترف بالقدرة الإرادية إلا «للذات الواعية المفكرة» ، وأن توافر هذه الذات يفترض توافر «هبة» الإدراك أو العقل .

---

(١) في الاعتبارات الفلسفية والفنية والاجتماعية التي تتنازع فكرة الحق ، أنظر : ماسيتيول ، غموض الحق الشخصي ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٤ ، ص ٧١ ومابعدها.

(٢) أنظر في تفصيل هذا المفهوم : سالى ، الشخصية القانونية ، ١٩٢٢ ص ٣٦٨ وما بعدها ، ص٥٢٤ ومابعدها ؛ دابان ، الحق الشخصي، المرجع السابق، ص٣٧ ومابعدها ؛ ليون ميشو ، المرجع السابق ، بند ٣٢ ، ومابعده ، ص ٧٠ ومابعدها .

(٣) ميشو ، المرجع السابق ، بند ٣٢ ، ص ٧٠ . وأنظر المراجع المشار اليها في الحاشية (١) من الصفحة المذكورة .

Lehrbuch des Pandektenrechts, Francfort, 1906, t. II § 250.

(٤) أشار اليه كومباراتو ، محاولة في التحليل المزدوج للالتزام في القانون الخاص ، ١٩٦٤ ، بند ٢ ، ص ٢ .

ومن الواضح أن هذه «الهبة» لاتتوافر إلا للإنسان وقت بلوغه سن التمييز ، وتزاوله إذا ما اعتراه عارض يزيل قواه العقلية . ومن هنا فمنطق فكرة الحق مفهومة على النحو السابق يؤدى إلى عدم ثبوت الشخصية لعديم التمييز تأسيساً على عدم ثبوت القدرات الإرادية له (١) .

حقاً إن الإنسان غير المتمتع بمثل هذه القدرة يعتبر شخصاً فى معنى الفلسفة أو علم النفس أو الاجتماع ، وأن مفاهيم القانون تبدوا وثيقة الصلة بمفاهيم هذه العلوم . ولكن مفاهيم القانون — ومن بينها مفهوم الشخصية فيه — لاتتحدد على أساس المعطيات المجردة لهذه العلوم وإنما تتحدد على أساس المعطيات المذكورة منظوراً اليها من خلال موضوع القانون وهو حقوق الأفراد (٢) . ولما كانت الحقوق لا تعدوا أن تكون قدرات إرادية ، فانه لايمكن اسنادها إلا إلى الإنسان القادر على أن يريد .

٧ — وغنى عن البيان أن تصوير كل من الحق والشخصية على هذا النحو لا يستجيب إلى حقيقة القانون الوضعى (٣) . فالقانون يعترف للإنسان

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك، ميشو، المرجع السابق ، بند٤٦،ص ١٠٢، ١٠٣ . وأنظر كذلك : كوانج المقال السابق ، ص ٤ . وأنظر فى اعتناق هذه النتيجة بالفعل : روجان Roguin ، العلم القانونى المجرد ، ١٩٢٣ ، جـ ٢ ، ص ٣١٣ ، ٣٥٦ .

(٢) فى التفرقة بين الشخص فى معنى القانون والشخص فى معنى العلوم السابق، أنظر ،ليون ميشو ، المرجع السابق ، بند ٢ ص ٦ ومابعدها . وقرب ، دبان ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ .

(٣) أنظر فى نقد هذا التصوير ،ميشو ،المرجع السابق ، بند ٣٢ ومابعده ، ص ٧٠ ومابعدها ، سالى . المرجع السابق ، ص ٢٣٥ ومابعدها . دابان المرجع السابق ، ص ٥٨ ومابعدها ،وأنظر. كوانج ، المقال السابق، ص ٧ . ومع ذلك قارن، روبييه ، المرجع السابق، ص ٧١ ومابعدها .

منذ خلقه وحتى قبل ولادته بحقوق مالية أو غير مالية ، كما يعترف للمجنون بمثل هذه الحقوق ، ويعترف لهما من ثم بالشخصية مأخوذة على معنى الصلاحية لثبوت الحقوق (١) .

حقاً إن القانون يجعل لعديم التمييز نائباً قانونياً يتولى عنه مباشرة حقوقه . ولكن الواقع أن فكرة النيابة تعجز عن تفسير ثبوت الحقوق لعديم التمييز طالما كان الحق هو القدرة الإرادية ذاتها . ذلك أن الحق هو حق عديم التمييز ذاته ، وليس حق النائب . والاصرار على اعتبار الحق هو القدرة الإرادية معناه إثبات الحق للنائب لا للأصيل خلافاً للواقع (٢).

وترتيباً على ذلك يلاحظ البعض أن هذا التعريف يعتمد النتيجة التي تترتب على ثبوت الحق جوهراً لهذا الحق(٣) .فالقدرة الإرادية التي يتمتع بها صاحب الحق هي أثر لهذاالحق ينبعث من حقيقته دون أن تختلط بهذه الحقيقة. وهذا الأثر وحده هو الذى يتصور أن يكون للنائب كما يتصور أن يكون للأصيل ، دون الحق ذاته الذى لا يثبت بالضرورة إلا لصاحبه .

وعلى هذا النحو فإذا كان من الثابت أن الحقوق تثبت لعديم التمييز ، وكانت الشخصية هي مناط ثبوت الحقوق ، فلابد أن يكون للحق مفهوماً آخر غير الإرادة أو القدرة الإرادية .

٨ — وقد بدأ اهرنج من هذه الملاحظة الأخيرة فرتب عليها أن «صاحب الحق ليس هو في الواقع من تثبت لديه الإرادة وانما من تثبت لديه المصلحة» ، وأن الحق لابد لذلك أن يتمثل فى «مصلحة يحميها القانون» (٤).

---

(١) بل إن منطق هذا التصوير يؤدى فى مداه البعيد إلى نفى الشخصية عن ضعيف الارادة بما يضاعف من بعده عن حقيقة القانون الوضعى (دابان ، المرجع السابق ، ص ١١٨) .

(٢) دابان ، المرجع السابق ، ص ١١٨ .

(٣) ميشو ، المرجع السابق ، بند ٣٢ ص ٧١ ، وبند ٤٥ ص ١٠١ ، ١٠٢ .

(٤) أنظر فى تفصيل ذلك : دابان ، المرجع السابق ، ص ٦٥ ، روبييه، المرجع السابق ص ٦٧ ومابعدها .

واهرنج يقلب بذلك المنهج السائد فى تعريف الحق وتحديد الشخصية . فبدلا من أن يبدأ من تعريف الحق ويرتب عليه تحديد الشخصية ، فهو يبدأ بتحديد الشخصية على أساس مايلاحظه من ثبوت الحقوق للإنسان منذ وجوده ودون توقف على توافر الإرادة لديه ، ويستخلص من هذا التحديد مضمون الحق . فالحق ليس هو القدرة الإرادية ، وانما هو المصلحة . وهكذا فقد توارت فكرة الإرادة فى تعريف الحق تحت فكرة المصلحة دون أن يستتبع ذلك المساس بمضمونه الفردى باعتباره مظهراً من مظاهر استقلال الانسان فى المجتمع ، واتخذ الحق مفهوماً يستوعب ما نلمسه فى فى الواقع القانونى من ثبوت الحقوق للانسان بصرف النظر عن تمييزه أو توافر القدرة الإرادية لديه .

٩ — على أنه إذا كان اهرنج يجعل من المصلحة جوهر الحق، فإن المصلحة بذاتها لا تعتبر حقاً ولا تتوافر لها هذه الصفة لديه إلا بتوافر الحماية القانونية لها . فاهرنج يجمع فى تعريفه للحق بين فكرتى المصلحة والحماية القانونية . فالمصلحة هى الهدف والحماية القانونية هى الأداة ، واجتماع المصلحة والحماية القانونية يكون الحق .

غير أن هذا المنطق من شأنه فى الواقع أن يضع فكرة الحماية القانونية فى مركز الصدارة من تعريف الحق خلافاً لما يعتقده اهرنج . فكل حماية قانونية تجد بالضرورة وراءها مصلحة تهدف إلى تحقيقها ، وتعتبر بذلك حقاً، أياً كانت هذه الحماية ، وسواء كانت حماية مباشرة للمصلحة ذاتها ، أو حماية لمصلحة أخرى غيرها — عامة أو خاصة — تنعكس عليها بطريق غير مباشر (١). فمصلحة العاملين فى الصناعة مثلا — أرباب عمل وعمال — الناشئة من قوانين حماية الصناعة الوطنية ضد المنافسه الأجنبية تعد حقاً فى هذا المفهوم. وبالمثل فى مصلحة المستفيدين من المساعدات العامة فى التشريعات التى لا تجعل من هذه الحماية حقا شخصيا للمواطن (٢) .

---

(١) دابان ، المرجع السابق ، ص ٦٨ ومابعدها ؛ سالى ، المرجع السابق ص ٥٤١ ؛ ميشو ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ ومابعدها ؛ روبييه ، الحقوق والمراكز القانونية ، ص ٦٩ .

(٢) ميشو ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

وهكذا تفقد فكرة الحق ذاتيتها وتصير قريناً لوسائل الحماية القانونية المختلفة مدنية كانت أو جنائية أو إدارية (١)،ويصبح تعريف اهرنج عاجزاً عن تمييز الحق عن غيره من المراكز القانونية الأخرى (٢) ، منذ أن يستغنى تماماً عن الإرادة التى يناط بها إعمال الحق والدفاع عنه عند التعدى عليه (٣).

وإذا ما سلمنا بتقدم فكرة المصلحة على فكرة الحماية القانونية – على نحو ما يتصوره اهرنج – فإن فكرة الحق مفهومه على معنى المصلحة إن كانت تفسر ثبوت الحق لعديم التمييز (٤) ، فهى تعجز عن تفسير ما هو ثابت فى الواقع القانونى من إمكان ثبوت الحق لشخص من الأشخاص فى الوقت الذى تكون فيه الإفادة مما يمثله من مصلحة ثابتة لشخص آخر (٥) . وهى كذلك تؤدى إلى نتيجة غير مطابقة للواقع فيما يتعلق بتحديد فكرة الشخصية ذاتها.فالقول بأن الحق هو ذات المصلحة يؤدى إلى إثبات الشخصية للكائنات الأخرى غير الإنسان من حيوان وجماد . فهذه الكائنات تتمتع بحماية القانون ، والتمتع هو جوهر الحق،وثبوت الحق معناه ثبوت الشخصية . وغنى عن البيان أن مثل هذه الكائنات إن كانت تتمتع بحماية القانون ، فهى لا تعتبر مع ذلك صاحبة حق ولا تعتبر أشخاصاً ، وإنما تعتبر محلا لحق يثبت لصاحبة وهو الإنسان أو الشخص فى لغة القانون (٦) . فهذه الحماية غير مقصودة لذاتها وإنما هى نتيجة غير مباشرة لحماية حق صاحبها عليها .

١٠ – وقد حاول ميشو تفادى الاعتراضات الموجهة إلى مذهب

---

(١) قرب : سالى ، المرجع السابق ، فى الموضع السابق . وقرب أيضاً : كلسن ، المرجع السابق ، ص ٨ .

(٢) روبييه ، المرجع السابق ، ٦٩ .

(٣) ميشو ، المرجع السابق ، بند ٤٨ ، ص ١٠٦ .

(٤) فى هذا المعنى ، سالى ، المرجع السابق ، ص ٥٤١ .

(٥) دابان ، المرجع السابق ، ص ٧١ ومابعدها ، ص ٨١ ومابعدها .

(٦) دابان ، المرجع السابق ، ص ٨٠ ومابعدها .

اهرنج عن طريق الاحتفاظ للإرادة بدور معين في فكرة الحق ، مع أبقائها خارج جوهره ، دفعاً لما يؤدى اليه تركيز جوهره فى فكرة القدرة الإرادية من صعوبة تمثل ثبوت الحقوق لعديم التميز . فهو يرى فى الحق «مصلحة .. محمية قانوناً عن طريق الاعتراف للإرادة بتمثيلها والدفاع عنها» .(١) وهكذا تصير المصلحة المحمية لديه هى جوهر الحق ، وتصير الإرادة مجرد أداة لمباشرته ، وتكون القدرة الإرادية أثراً لثبوته ، على نحو يمكن من تصور ثبوت الحق لعديم التميز بتوافر مصلحة محمية له ، فى الوقت الذى لا يستطيع فيه مباشرة هذه المصلحة بنفسه وإنما تتم مباشرتها بواسطة نائب عنه يتمتع بالإرادة . فالإرادة لا تلزم لوجود الحق وإنما لمباشرته (٢) .

ولا شك أن هذا المسلك من شأنه أن يحتفظ لفكرة الحق بذاتيتها ويمنع من اختلاطها بأوجه الحماية القانونية غير المباشرة ، التى لا تخلف وراءها حقاً بالمعنى الدقيق ، تلك الذاتية التى تفقدها مع فكرة اهرنج . غير أنه يبقى بعد ذلك أنه يركز جوهر الحق فى فكرة المصلحة التى تمثل الهدف من الحق ، فيتعرض لما تعرض له تصوير اهرنج من اعتراضات فى هذا الصدد (٣) .

والواقع ان عيب التعاريف التى تعتمد على فكرة المصلحة إنما يكمن فى أنها تجعل من الهدف من الاعتراف بالحق لصاحبه جوهراً لهذا الحق ، مثل ما تجعل التعاريف التى تعتمد على فكرة الإرادة أو القدرة الإرادية من أثر ثبوت الحق جوهراً له . فتعريف الحق يجب البحث عنه فى حقيقته وليس فى الهدف منه أو فى أثره . وما لم يمكن التوصل إلى هذه الحقيقة ذاتها فلابد أن يظل التنافر بين تعريف الحق وتحديد الشخصية قائماً .

وهكذا كان لابد للوصول إلى تصور للحق وللشخصية يجعل ثبوت

---

(١) ميشو ، المرجع السابق ، بند ٤٨ ، ص ١٠٧ .

(٢) أنظر فى هذا الشأن : سالى ، المرجع السابق ، ص ٥٠٥ .

(٣) فى نقد هذه النظرية ، أنظر : سالى ، المرجع السابق ، ص ٥٤٥ ومابعدها .

كل منها ملازماً لثبوت الآخر ، من البحث عن تعريف جديد للحق يبعد بجوهره عن فكرة المصلحة فى ذاتها بقدر ما يبعد به عن فكرة الإرادة .

الحق بين القدرة المجردة والاختصاص :

١١ — وقد قامت المحاولة الأولى فى هذا الصدد — وعلى يدسالى — (٣) على أساس الغاء فكرة المصلحة من تعريف فكرة الحق ، وإحلال فكرة القدرة محلها ، مع الحفاظ على استقلال هذه القدرة عن الإرادة ، دفعاً لما يؤدى اليه ربطها بها من صعوبة تصور ثبوت الحقوق لعدم الإرادة . وعلى هذا النحو يظهر الحق فى هذا التصوير «كقدرة أو سلطة فى خدمة مصلحة تمارس عن طريق إرادة مستقلة» . فالمصلحة ليست هى الحق ذاته وإنما هى الهدف أو الغاية منه . والإرادة كذلك ليست هى الحق ذاته وإنما هى وسيلة ممارسته . والحق هو القدرة المجردة ، التى لا ترتبط بالمصلحة إلا باعتبارها هدفاً لها ولا ترتبط بالإرادة الا باعتبارها وسيلة لممارستها .

ومن الواضح أن العودة إلى فكرة القدرة أو السلطة على هذا النحو ، وتركيز جوهر الحق فيها بدلا من فكرة المصلحة ، من شأنه أن يحول دون الخلط بين صاحب الحق وبين محله من حيوان أو جماد والخلط بين الحق كميزة فردية للإنسان وبين غيره من المراكز القانونية المصاحبة لأوجه الحماية غير المدنية ، ذلك الخلط الملحوظ فى مذهب اهرنج ومن حذا حذوه . غير أن فكرة القدرة أو السلطة تفترض بطبيعتها الإرادة على نحو يصعب معه تصور إثبات سلطة أو قدرة لمن لا يتمتع بالإرادة ، فكيف يمكن تمثل ثبوت قدرة لدى كائن لا تتوافر لديه الإرادة ، وكيف يمكن تمثل ثبوت الشخصية المصاحبة لهذه القدرة لديه ؟

يجيب سالى على ذلك بأن المقصود بالقدرة أو السلطة التى يتمثل فيها الحق ليس القدرة الفعلية التى يفترض توافرها توافر الإرادة ، وإنما مجرد

---

(١) المرجع السابق ، ص ٤٨. وأنظر فى شرح هذا التعريف ، ص ١٤٧ وما بعدها من المؤلف المذكور .

« علاقة قانونية » لا تعبر عن نشاط أو تصرف صاحب الحق بقدر ما تعبر عن استئثاره استئثاراً يستتبع إضافة آثار نشاط أو تصرف معين له ، أياماً كان من يأتى هذا النشاط أو التصرف ، وسواء كان هو صاحب الحق أو كان إنساناً آخر (١) . وهكذا يمكن تصور أن الحق هو قدرة مجردة لا تفترض الإرادة وأن مباشرة الحق وحدها هى التى تفترض هذه الإرادة . فالحق يعبر عن مجرد قدرة قانونية ومباشرته هى وحدها التى تعبر عن قدرة فعلية . وهكذا أيضاً يمكن تفسير أحكام القانون الوضعى التى تثبت الحقوق لعديم التمييز فى الوقت الذى لا تجيز مباشرتها له وتنيط هذه المباشرة بمن ينوب عنه قانوناً . فالقدرة التى يتمثل فيها الحق هى استئثار بآثار نشاط أو تصرف معين ، ومباشرة هذا النشاط أو التصرف إذا كانت تستلزم توافر الإرادة ، فانه يستوى أن تكون هذه الإرادة هى إرادة الأصيل أو إرادة النائب عنه .

١٢ – وقد أخذ على هذا التحليل أنه رغم دقته يؤدى بالضرورة إلى عودة الإرادة إلى جوهر الحق ذاته ، على نحو لا يكون هناك معه مناص من القول بأن الحق لدى سالى هو فى النهاية قدرة إرادية . فقد قدمنا أن فكرة القدرة أو السلطة تفترض الإرادة . ومن الواضح أن القول بأن القدرة التى يتمثل فيها الحق هى مجرد قدرة قانونية لا قدرة فعلية ، لا يعنى فى الحقيقة أكثر من القول بأن الحق قدرة إرادية فى حالة «سكون» أو فى حالة « انتظار» . وعلى هذا النحو يمكن القول بأن القدرة الفعلية التى تتمثل فيها ممارسة الحق ليست فى الحقيقة سوى هذه القدرة القانونية والتى يتمثل فيها جوهر الحق ولكن ليس فى حالة السكون أو الانتظار وإنما فى حالة « الحركة » أو فى حالة «الفعل» . ولما كان «تحريك» القدرة أو وضعها موضع «الفعل» يمكن أن يتم على النحو السابق عن طريق صاحب الحق أو عن طريق النائب عنه فى حالة عدم تمييزه ، فإن معنى ذلك أن إرادة النائب تقوم بما كانت تقوم به

---

(١) سالى ، المرجع السابق ، ص ٥٧٧ ومابعدها .

إرادة الأصيل صاحب الحق فيما لو كانت متوافرة وتمثل من ثم إرادته المفترضة (١) .

على أنه لا شك لدينا بعد ذلك فى أن التميز بين العلاقة أو القدرة القانونية والقدرة الفعلية يمثل تقدماً أكيداً فى الكشف عن جوهر فكرة الحق.

فهو من ناحية أولى ، يحدد العلاقة غير المنكورة بين الحق وبين الإرادة ويكتشف المجال الحقيقى الذى تعمل فيه الإرادة وهو مجال المباشرة لا مجال الثبوت. وهو من ناحية ثانية ينبه «إلى أن الإرادة أو القدرة ، أو القدرة الإرادية» ، تجد خلفها حقيقة أخرى يتمثل فيها جوهر الحق. غير أن نقطة الضعف فى نظرية سالى إنما تكمن فى اعتقاده أن هذه الحقيقة التى توجد خلف القدرة الفعلية هى بدورها قدرة وإن كانت قدرة قانونية ، أو فى عدم استطاعته فى النهاية تخطى فكرة القدرة ، ومن ثم فى عدم امساكه بالحقيقية المذكورة والكشف عن ماهيتها .

١٣ — ومن هنا فقد بدأت المحاولة الثانية لضبط فكرتى الحق والشخصية إحداهما على الأخرى ، على يد دابان (١) . فهى تبدأ من فكرة المصلحة باعتبارها فكرة سابقة على فكرة القدرة . وهى بعد ذلك تحاول أن تضع هذه الفكرة وضعها الصحيح فى نظرية الحق . ذلك أن فكرة المصلحة — وبصرف النظر عن الدور الذى يعطيه لها اهرنج ومن تأثر به — تشير إلى أن للحق محل هو قيمة معينة ترتبط بشخص صاحب الحق وتعنيه . ونقطة الخطأ فى التصورات السابقة التى تعتمد على فكرة المصلحة تكمن فى أن هذه التصورات تركز جوهر الحق فى هذه المصلحة ذاتها ، تركيزاً

---

(١) قرب : دابان ، المرجع السابق ، ص ٧٨ ومابعدها ؛ الكسندر جوروفتسيف ، مشكلة شخص القانون ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٢٧ ، ص ٥ ومابعدها ، وبصفة خاصة ص ٢١ ومابعدها .

(١) أنظر فى تفصيل ذلك : دابان ، المرجع السابق ، ص ٨٠ ومابعدها .

يؤدى إلى اعتبار صاحب الحق هو المتمتع دائماً ويلغى كل دور لإرادة من يتولى تحقيقها . وحقيقة الأمر أن جوهر الحق لا يكمن فى المصلحة عينها وإنما فى العلاقة التى تقوم بينها وبين الشخص صاحب الحق . ولذلك فالحق يتمثل فى «تعلق» المصلحة أو فى «الاختصاص» بها . وما يتضمنه الحق من تسلط أو استئثار إنما هو أثر من أثار هذا التعلق أو الاختصاص ، أو هو النتيجة المنطقية له . وهكذا يتخذ الحق مظهرين مرتبطين ،أحدهما وضوعى هو التعلق والاختصاص ، والآخر ذاتى أو شخصى ، وهو ما يعنيه هذا هذا التعلق أو الاختصاص من تسلط أو استئثار (١) .

ومن الواضح أن أخذ الحق بهذا المفهوم يزيل الارتباط التقليدى بينه وبين الإرادة . فالتعلق أو الاختصاص لا يفترض الإرادة . والاستئثار أو التسلط ليس إلا الوجه الذاتى لهذا التعليق أو الاختصاص ، فلا يفترض بدوره الإرادة . وهذا هو فى الواقع ما أراد سالى التعبير عنه بفكرة القدرة القانونية والذى ليس فى الحقيقة قدرة بقدر ما هو اختصاص واستئثار . وهكذا ، يمكن تصور ثبوت الحق لعديم التمييز ، ومن ثم اثبات الشخصية له . ذلك أن انعدام إرادته لا يحول دون أن تكون له مصالح تتعلق به ويختص بها ، بما يحمله التعلق أو الاختصاص من استئثار . ومن الواضح كذلك أن أخذ الحق بهذا المفهوم يسمح بالاحتفاظ بفكرة القدرة — التى تفترض الإرادة — للتعبير عن مباشرة الحق ، كلما كانت هذه المباشرة تستلزم توافر الإرادة ،ويمكن بالتالى من تصور ثبوت الحق لشخص معين فى الوقت الذى لا تثبت له مثل هذه المباشرة وإنما تثبت لنائبه القانونى (٢) .

ويبدو لنا أن تعريف الحق على هذا النحو الأخير يستجيب تماماً إلى

---

(١) المرجع السابق ، ص ٨٧ . وأنظر فى عرض تعريف دابان للحق ، وفى نقد هذا التعريف فى الفقه المصرى : جميل الشرقاوى ، دروس فى أصول القانون ، الكتاب الثانى ، نظرية الحق ، ١٩٦٦ ، بند ١٠ ومابعده ، ص ٢١ ومابعدها ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ ومابعدها .

(٢) قرب : روبييه ، المرجع السابق ، ص ٧١ ومابعدها .

(٣) وقارن : دابان ، المرجع السابق ، ص ٨٨ ومابعدها .

تصور الفقه الاسلامى له . فالفقه الاسلامى يستعمل لفظ الملك بمعنى واسع لا يقتصر على حق الملكية بمفهومه الحديث ، وإنما ينصرف إلى الحق بصفة عامة ، وسواء كان حقاً عينياً أوحقاً شخصياً . وهو لذلك يتكلم عن ملكية الدين وملكية العين . وتعريفات الفقه الإسلامى للملك تؤول فى النهاية إلى علاقة أقرها الشارع بين الإنسان والمال تجعله مختصباً به وتجيز له التصرف فيه (١) . وبعبارة أخرى فالحق أو الملك لديهم هو الاختصاص الحاجز .

٢ ـ تمايز الشخصية عن فكرة صاحب الحق

صاحب الحق هو شخص القانون :

١٤ ـ لا شك أن اتخاذ فكرة التعلق أو الاختصاص منطلقاً لاستظهار جوهر الحق ، يربط بين ثبوت الحق وبين ثبوت الشخصية ، ويجعل مناط أحدهما هو بذاته مناط الآخر . غير أنه لا شك كذلك فى أن تعريف الحق على هذا النحو من شأنه أن يباعد بين مفهوم الحق وبين التصوير الفلسفى الذى قام عليه فقه الحقوق الطبيعية (٢) . فقد رأينا أن هذا الفقه يبدأ من منطق حرية الاختيار باعتبارها المعطى الوحيد والمؤكد للطبيعة الانسانية ، وينتهى حتما وبالضرورة إلى تصور الحق كإرادة أو قدرة إرادية ، تترجم هذه الحرية إلى نشاط معتبر فى عالم القانون . ومن الواضح أن التسليم بأن جوهر الحق يتمثل فى مجرد التعلق أو الاختصاص ، أو فى العلاقة بين الإنسان وبين قيمة معينة تسند اليه ، يمحو كل أثر للقدرة أو الإرادة فى جوهر الحق ويرفع هذه الأفكار إلى مجال مباشرته ، ويباعد فى النهاية بين الحق فى ذاته وبين الحرية الطبيعية المقول بها . ففكرة الاختصاص أو التعلق كما قدمنا فكرة موضوعية محضة . وإذا كان التعلق أو الاختصاص

---

(١) أنظر فى هذا الصدد : محمد مصطفى شلبى ، المدخل فى التعريف بقواعد الفقه الاسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ، ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٦ م ، ص ٣١٨ وبعدها . وراجع كذلك القواعد للحافظ أبى فرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى ، الطبعة الأولى ، ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م ، خاصة القاعدة السادسة والثمانون ص ١٢٥ ومابعدها .

(٢) قارن مع ذلك : دابان فى مقاله السابق الاشارة إليه .

يستتبع التسلط أو الاستئثار – ومن ثم يستتبع التفرد – فإن هذا التفرد يجد سنده فى الاختصاص الذى يتفرع أو يتولد عنه .

ولذلك فأخذ الحق بهذا المفهوم الأخير يفترض بالضرورة اسناد الحق إلى أساس آخر يعلو فوق الإرادات الفردية وقدراتها . وهذا الأساس لابد أن يكون هو حكم القانون ، باعتباره الناموس الموضوعى الذى يقيم علاقات الاختصاص ويحمى الحقوق ، ويفرض من ثم على كل فرد ألا يمس بنشاطه «مناطق الاختصاص» المثبتة لغيره (١) .

وبعبارة أخرى فأساس الحق ومصدره ليس اذن حرية الاختيار الكامنة فى الإنسان وإنما هو القانون الموضوعى وأحكامه . وهذه الحرية إنما تعمل فى الحدود التى يضعها هذا القانون وتسمح بها هذه الأحكام .

كذلك فحمل الحق على معنى علاقة الاختصاص على النحو المتقدم يجعل من المستحيل اتخاذ فكرة الحق منطلقاً لتعريف الشخصية والاكتفاء بالقول بأن الشخص هو صاحب الحق . ذلك أن الحق محمولا على هذا المعنى يجد جوهره فى علاقة بين طرفين ، أحدهما هو الشخص ذاته ، والآخر هو القيمة التى يختص بها والتى تمثل محل الحق . ومن ثم ففكرة الشخص عنصر أساسى فى تصور الحق ذاته ، على نحو لا يمكن معه تعريف الشخص عن طريق تعريف الحق دون مصادرة على المطلوب . وبعبارة أخرى ففكرة الشخص أسبق من الناحية المنطقية على فكرة الحق – كفكرة القيمة سواء بسواء – بحيث يمكن القول بأن تعريف الحق يفترض بداءة تعريف الشخص وليس تعريف الشخص هو الذى يفترض تعريف الحق ، خلافاً لما يذهب اليه منطق الفقه الغالب .

ومن الواضح أنه لاسبيل لتصور حقيقة الشخص وجوهر فكرة الشخصية فى ظل هذه المعطيات إلا بنسبة الشخص وتعريفه إلى أمر آخر سابق عليه

(١) قارن : دابان ، المرجع السابق ، ص ٤٨ ومابعدها .

وعلى الحق فى آن واحد . ومن الواضح كذلك أن هذا الأمر لابد أن يكون بالضرورة هو القانون الموضوعى الذى يسند اليه الحق ذاته . وبعبارة أخرى فالشخص هو شخص القانون وليس شخص الحق ، والشخص يكون من بعد صاحب الحق لأن القانون يسنده إليه أو يختصه بمحله ، أو يعتبره فى الجملة من أشخاصه (١) .

وعلى هذا النحو السابق نتهى إلى أن فكرة الحق وفكرة الشخص تتفرعان كلتاهما عن القانون بمعناه الموضوعى . فالحق يجد أساسه فى اعتراف القانون به ، والشخص يجد فحواه فى كونه مركزاً يربط به القانون ما يحميه من قيم .

الشخص كمتعلق للمراكز القانونيه :

١٥ — وربط فكرة الشخصية بالقانون الموضوعى دون فكرة الحق على هذا النحو السابق لاشك يعطيها العمق اللازم لاستيعاب المراكز القانونية المختلفة التى يكشف عنها تحليل النظام القانونى ، بجانب الحقوق بالمعنى الدقيق. فمن الواضح أن فكرة الحق لا تعبر إلا عما ينفرد به الإنسان عن غيره من الناحية القانونية ، نتيجة لاختصاصه بقيمة من القيم . ولكن يتبقى بعد ذلك أن الإنسان يتمتع بمراكز قانونية لا ينفرد أو يختص بها ، وإنما يتساوى فى التمتع بها مع غيره ، مما يعرف بالحريات ، كحرية العقيدة وحرية القول وحرية التنقل (٢) . ومن الواضح كذلك أن مثل هذه الحريات تمثل مراكز قانونية موضوعية لا يصدق عليها وصف الحق فى مفهومه الذى انتهينا اليه . ومن الواضح أخيراً أن مثل هذه المراكز هى بالضرورة مراكز لأشخاص لا يمكن أن ينطبق عليهم وصف أصحاب الحقوق ، بالنظر إلى أن هذه المراكز مراكز عامة موضوعية لا تقوم على

---

(١) فى هذا المعنى : موتيلسكى ،
(Principes d'une realisation methodique du droit privé)
١٩٤٨ ، بند ٢٨ ومابعده ، ص ٣١ ومابعدها ؛ محمود جمال الدين زكى ، دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ، ١٩٦٩ ، بند ٢٦٤ ، ص ٤٠٥ .

(٢) رنييه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

الاختصاص والتفرد . ولما كانت هذه المراكز هى مراكز قانونية تنشأ عن القانون وتتمتع بحمايته ، فلابد أن يكون أشخاصها أشخاصا للقانون .

١٦ — وحتى مع التسليم بصحة فقه الحقوق فيما يبثه من أن ما يتمتع به الشخص من مراكز هو دائماً حق ، فإنه من المسلم به فى هذا الفقه أن فصيلة الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية تفترض التزاماً محدداً بها ومديناً ينفرد بهذا الالتزام (١) ، وأن هذا المدين لابد بالضرورة أن يكون شخصاً من الأشخاص ، فكيف يمكن القول بأن المدين بالالتزام هو صاحب حق فى الوقت الذى يظهر فيه الالتزام فى الجانب السلبى من ذمته ويفرض عليه أداء مالياً قبل صاحب الحق ؟ أليس معنى ذلك أن فكرة الشخصية أوسع فى مداها من فكرة صاحب الحق ؟ إن وجود التفرد فى كل من الحق والالتزام لا يؤدى إلى اعتبارهما حقيقة واحدة . فالحق مركز ينفرد به شخص الدائن والالتزام مركز ينفرد به شخص المدين .

لقد لفتت هذه الحقيقة أنظار الفقه الذى يسوى بين الشخص وبين صاحب الحق ، فحاول أن يجد لها تفسيراً فى إطار هذه التسوية ، ومن ثم فقد أطلق على الدائن بالحق الشخصى الصاحب الإيجابى للحق وأطلق على المدين به الصاحب السلبى للحق (٢) .

وغنى عن البيان ما فى هذا الإطلاق من تحايل ، وما يتضمنه من تناقض مع فكرة الحق ذاتها(٣) ، وأيا ما كان المفهوم الذى يؤخذ به . فالقول بأن

---

(١) فى تحليل الالتزام وبيان عنصر المديونية والمسئولية فيه ، أنظر : كومباراتو ، المرجع السابق . وفى التفرقة بين الحق وغيره من المراكز القانونية الأخرى ، أنظر : روبييه ، المرجع السابق ، تحديد فصيلة الحقوق الشخصية وفائدتها العملية ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٤ ، ص ٨٣ ومابعدها .

(٢) روجان Rogin ، العلم القانونى المجرد ، ١٩٢٣ ، ج٢ ، بند ٦٣٤ ، ص ٣٠٠ ؛ دى لاجريساى ولابوردلاكوست ، مقدمة عامة لدراسة القانون ، ١٩٤٧ ، بند ٣٥٤ ؛ ايونسكو ، فكرة الحق الشخصى فى القانون الخاص ، رسالة من باريس ، ١٩٣١ ، بند ٦٦ و ٦٧ و ٧٧ .

(٣) فى هذا المعنى : جوروفتسيف ، المقال السابق ، ص ٢٦ .

الحق قدرة إرادية يقتضى إثبات صفة صاحب الحق لصاحب هذه القدرة دون من عداه ممن تباشر فى مواجهته . والقول بأن الحق مصلحة يقتضى إثبات هذه الصفة لمن تتوافر له المصلحة دون سواه ممن تقتضى منه هذه المصلحة . والقول بأن الحق اختصاص ينشىء استحواذاً يقتضى إطلاقها على من يثبت له الاختصاص دون سواه ممن تقع فى ذمته القيمة التى ينشأ عليها الاختصاص (١) .

ويتضح من ذلك أنه لا سبيل لإزالة هذا التناقض إلا بالتمييز بين الشخص وبين صاحب الحق ، والنظر إلى أصحاب الحقوق كمجرد فصيلة من فصائل أشخاص القانون . ففى ظل هذا التمييز وذلك النظر ، تظهر فكرة الشخص أوسع نطاقاً من فكرة صاحب الحق على نحو يمكن معه القول بأن الشخص كما يكون صاحب حق يكون كذلك مديناً بالتزام ، ولا تكون هناك حاجة إلى القول بأن المدين بالالتزام يعتبر صاحب حق حتى يمكن النظر اليه كشخص من الأشخاص .

كذلك فالحق – أيا ما كان المفهوم الذى يعطى له ، وسواء كان هذا المفهوم هو مفهوم القدرة الإرادية أومفهوم المصلحة أومفهوم الاختصاص – ليس له من معنى إلا بقدر ما يقتضيه ثبوته من الخضوع لما يتضمنه من قدرة ، أو من عدم المساس بما يتضمن من مصلحة ، أو من عدم التعدى على ما يعبر عنه من اختصاص . ومن ثم فثبوت الحق لصاحبه يفترض بالضرورة واجباً موضوعياً عاماً على الغير باحترامه ، سواء كان مضمون هذا الواجب هو الخضوع لإرادة صاحب الحق كما تؤدى اليه نظرية القدرة الإرادية ، أو كان مضمونه هو عدم المساس بمصلحة صاحب الحق ، كما تؤدى اليه نظرية المصلحة ؛ أو كان هو عدم التعدى على اختصاص صاحب الحق ، كما تؤدى اليه نظرية الاختصاص . والغير فى هذا الصدد يكون فصيلة أخرى من فصائل أشخاص القانون غير فصيلة أصحاب الحقوق أو المدينين بالالتزامات

---

(١) قرب : دابان ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ . وأنظر فى نقد فكرة الصاحب السلبى للحق : حسن كيرة ، أصول القانون ، ص ٦٨٩ ﻫ ١ .

هى فصيلة من يتوجه إليه خطاب القانون بإثبات الحق لصاحبه . وبالمثل فالحرية ليس لها من معنى إلا بقدر كفالة التمتع بها لصاحبها ، مما يفترض واجباً على الغير بعدم إعاقة هذا التمتع . والغير هنا كذلك هو فصيلة متميزة عن فصيلة أصحاب الحريات . حقاً إن هذه الحريات هى مراكز عامة لا تفرد فيها، بما يعنى تمتع الجميع بها ، على نحو يكون معه المحمل بواجب احترام الحرية فى ذات الوقت متمتعاً بهذه الحرية . ولكن الشخص يكون له فى هذه الحالة صفتان متميزتان : صفة صاحب الحرية وصفة المكلف باحترام حرية الغير .

وعلى هذا النحو يظهر مرة أخرى أن الشخص فى معنى القانون ليس هو فقط من يثبت له الحق أو الحرية ، وانما هو كذلك من تجب عليه احترام أى منهما ، وأن فكرة الشخصية أوسع بالضرورة من فكرة صاحب الحق أو صاحب الحرية .

ويمكن القول – بصفة عامة – بأن القانون يعرف فصائل أربع من المراكز القانونية (١) تقابل فصائل أربع من الأشخاص ، وأن الحق وصاحبه لا يمثلان سوى إحدى فصائل المراكز القانونية وشخص هذه الفصيلة . فهناك فصيلتان فرديتان من المراكز القانونية هما فصيلة الحق والالتزام يقابلهما فصيلتا شخص صاحب الحق وشخص المدين بالالتزام. وهناك فصيلتان عامتان موضوعيتان من المراكز القانونية هما فصيلة الحرية وفصيلة الواجب يقابلهما فصيلتا الشخص المتمتع بالحرية والشخص المكلف بالواجب.

ومن الواضح أن اغفال هذه الحقيقة لا يعدو أن يكون أثراً من أثار الفلسفة الفردية التى قام عليها البنيان القانونى كله إبان سيطرة فكرة الحقوق على نظرية القانون . فقد كانت هذه الفلسفة تركز كما قدمنا على الحرية الفطرية للإنسان ، وعلى ما تعنيه هذه الحرية من مكنات ومن تثبت له

---

(١) أنظر فى هذا الصدد : رينيه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ ومابعدها .

هذه المكنات ، تركيزاً استتبع تناسى ما يعنيه ثبوت هذه المكنات من وجود أشخاص تباشر فى مواجهتهم ويقع عليهم واجب الخضوع لها وتطويع سلوكهم لمقتضاها . هذا إلى ما درج عليه الفقه من النظر إلى المراكز القانونية من خلال المظهر الادعائى للقانون وحده . ذلك أن المراكز القانونية تبدو فى هذا المظهر كادعاءات ، ويبدو القانون كمجرد مقياس لمفارقة بين ما هو صحيح وما هو غير صحيح من هذه الادعاءات ، على نحو يتجسد معه محتوى قواعد القانون فى النهاية فى صورة مكنات (١) .

المطلب الثانى

مناط الالزام بالاحكام المدنيه وفكرة قاعدة السلوك

١٧ — انتهت الثورة الصناعية إلى المفارقة داخل المجتمعات التى غزتها بين قلة رأسمالية تسيطر على الإنتاج وغالبية عمالية تتحمل مخاطرة . وقد كان لذلك رد فعل متعاظم على الصعيد الفكرى والواقعى . فعلى الصعيد الفكرى تمثل رد الفعل المذكور فى استظهار الموجهات الفلسفية لنظام يعلو على هذه التناقضات ، وفى قيام المذاهب الاجتماعية التى تنكر أن يكون للإنسان كيان مستقل عن المجتمع الذى يعيش فيه ، وترتب على ذلك أن وظيفة القانون هى كفالة الحياة الاجتماعية وضمان تقدمها (٢) . وعلى صعيد القوى الاجتماعية تجمعت الغالبية العمالية فى قوة جديدة دافعة نحو اتخاذ القانون أداة لمنع استغلال الإنسان للإنسان ، فكان غزو القانون لمختلف جوانب الحياة الاجتماعية ليحد من الحرية الفردية ويكبح من جماحها .

وقد كان لكل ذلك أثره على صعيد النظرية القانونية ، فشهدت هذه النظرية اتجاهاً متزايداً نحو النظر إلى القانون كمعطى موضوعى — من المجتمع

---

(١) روبييه ، الحقوق والمراكز الشخصية ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ ومابعدها.

(٢) روبييه ، النظرية العامة للقانون ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ ومابعدها ؛ ديجى ، مطول القانون الدستورى ، جـ ١ ، ١٩٢١ ، التغيرات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ١٩٢٠ ؛ جورج جيرفتش ، الزمن المعاصر وفكرة القانون الاجتماعى ، ١٩٣٢ ؛ رينيه سافتيه ، المرجع السابق ، ص ٤٨ ومابعدها ، رسالتنا سابق الاشارة اليها .

أو من الدولة – مما يستتبعه ذلك من التخفيف من الحماس لفكرة الحرية وفكرة الحق والتركيز على فكرة قاعدة السلوك كوحدة يتكون منها بنيان القانون . وهكذا كانت ادانة التصوير الذى صاحب النهضة الأوروبية والرجوع إلى التصوير القديم الذى يرى فى القانون قواعد سلوك تحكم نشاط أفراد المجتمع وتنظم تصرفاتهم ، وفى المراكز القانونية للأفراد مجرد تفريد لهذه القواعد لا يحمل أى مدلول ذاتى أو شخصى (١) .

ووفقاً لهذا التصوير لا يبدو القانون كمجموعة من الحقوق تعبر عن ذاتية كل إنسان وتفرده بقدر ما يبدو كمجموعة من أنماط السلوك الملزم يضمن احترامها جزاء يوقع على من ينحرف عنها . وهكذا اتجهت التفرقة بين القانون الخاص والقانون العام نحو التلاشى ، واتخذ القانون فى جملته مظهر التكاليف والواجبات المفروضة على أفراد المجتمع ، سواء قيل بعد ذلك بأن مصدرها هو المجتمع ذاته أوقيل بأن مصدرها هو الدولة ، وصارت نقطة البداية فى تحديد مناط الإلزام بأحكام القانون هى فكرة التكليف والربط بين فكرة الشخصية وبين هذه الفكرة ، وصار الشخص هو المكلف باحكام القانون ، وصارت دراسة الشخصية القانونية جزءاً من دراسة نظرية القاعدة القانونية .

وتفريعاً على ذلك فإنه يكفى أن نحدد ماهية التكليف وما يقتضيه حتى نعرف من هو الشخص . وعلى هذا النحو كان علينا التعرف على المحاولات الأساسية فى استكشاف فكرة التكليف وضبط فكرة الشخصية عليها ، ثم التساؤل عن مدى إمكان هذه المحاولات – التى سلكت سبيل قاعدة السلوك – استيعاب أحكام القانون الوضعى .

١ – ارتباط الشخصية بفكرة المكلف

١٨ – إذا كانت فكرة قاعدة السلوك قد عادت إلى مركز الصدارة

---

(١) روبييه ، الحقوق والمراكز القانونية ، المرجع السابق ، ص ٨ ومابعدها .

فى بنيان القانون وكانت فكرة الشخصية تتفرع تبعاً لذلك عن مفهوم هذه القاعدة ، فإن هذا المفهوم يتنازعه مذهبان رئيسيان ، تمثل المدرسة الاجتماعية école sociologique إحداهما ، وتمثل المدرسة المنطقية التجريدية école de la logique pure الآخر . والمدرسة الأولى يمكن أن نتخذ أعمال الفقيه الفرنسى ديجى أساساً للتعبير عنها . والمدرسة الأخرى يمكن أن تعبر عنها أعمال الفقيه النمساوى هانز كلسن . وكل من المذهبين ينظر إلى القانون كمجموعة من أنماط السلوك الملزم ، رغم اختلاف الخلفية الفلسفية لكل منهما (١) . غير أنه بينما يحصر الاتجاه الأول القواعد القانونية فى أنماط السلوك العامة المجردة ويجعل من المراكز الفردية مجرد تطبيق لهذه القوعد ، فإن الاتجاه الآخر ينظر إلى هذه المراكز كقواعد قانونية فردية ، على نحو يبدو معه النظام القانونى فى جملته كبناء من القواعد القانونية يتدرج من العمومية إلى الخصوصية ومن التجريد إلى التفريد ، مع ما يصاحب ذلك من تأثير على فكرة الشخصية ذاتها .

نظريه ديجى :

١٩ — أما ديجى فمشكلة القانون لديه هى مشكلة الاختيار بين اتجاه شخصى يرى فى القانون مجموعة من الحقوق ، واتجاه موضوعى يرى فيه مجموعة من قواعد السلوك المفروضة على الإنسان الذى يعيش فى مجتمع . وهو صاحب منهج واقعى (٢) يحاول أن يفهم القانون من خلال دراسة تجريبية لكل من الفرد والمجتمع ، باعتبارهما ظاهرتين يرتبط بهما وجود القانون ويتحدد على أساسهما بنيانه . وعلى أساس من هذا المنهج ينتهى ديجى إلى نفى وجود الحقوق الفردية وإثبات وجود قواعد ملزمة للسلوك الاجتماعى عامة ومجردة .

---

(١) أنظر فى هذه المذاهب وموقف القائلين بها من فكرة الشخصية : رنيه كليمن ، الشخصية المعنوية والشخصية القانونية ، ١٩٣٥ ، ص ٨٧ – ١٠٥ ؛ دى لوجو ، المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها .

(٢) ديجى ، مطول القانون الدستورى ، ج ١ ، ١٩٢١ ، ص ١ ومابعدها ، التغيرات العامة للقانون الخاص ، المرجع السابق ، ص ١٥ ومابعدها ، وص ٢٨ ومابعدها .

فأما نفي وجود الحقوق الفردية فهو ما يرجع إلى أن فقه الحقوق — على اختلاف نظرياته — ينتهي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى تصوير الحق كقدرة إرادية ، ويفترض من ثم أن لإرادة صاحب الحق سلطاناً ذاتيا بمقتضاه تفرض نفسها على غيرها من الإرادات . ولكن مثل هذا السلطان يستعصي على التحقيق العلمي القائم على الملاحظة والتجربة نظراً لتعلقه بالنفس وأغوارها الباطنة ، مما يستحيل معه التأكيد على وجوده ، ومن ثم على وجود الحقوق الفردية ، في عالم الواقع . والقول بغير ذلك معناه اتخاذ موقف غير علمي من دراسة القانون (١) .

وأما إثبات وجود قواعد ملزمة للسلوك الاجتماعي ، عامة ومجردة ، فهو ما يرجع إلى الملاحظ من أن الإنسان كائن يعي تصرفاته وكائن اجتماعي لا يعيش إلا في مجتمع ، وأن ثبوت هاتين الصفتين له يستتبع بالضرورة وجود قانون يحكم تصرفات الإنسان ويؤمن الحياة الاجتماعية ، أو قانون يعلو على الفرد ويخضع الفرد له . وهذا القانون هو بالضرورة قانون «غاية» وليس قانون سببية — كما هو الحال في قوانين العلوم الطبيعية — بالنظر إلى أنه يحكم تصرفات إنسان واع لسلوكه . ومن هنا فيمكن القول بأن التأكيد على وجود قواعد عامة مجردة للسلوك ، تأمر أو تنهي — فيلزم الأفراد بما تأمر به أو بما تنهى عنه — يستند إلى حقيقة واقعية علمية (٢) .

وترتيباً على ما تقدم ، ينتهي ديجي إلى أن ما نتصور أنه حقوق فردية لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للقاعدة القانونية الموضوعية أو انزال حكمها على سلوك الأفراد (٣) ، كما ينتهي إلى أن الإلزام بالتصرف القانوني ليس مصدره

(١) القانون الدستوري ، المرجع السابق ، ص ٦ وما بعدها ، ص ١٧٩ وما بعدها ، التغيرات العامة للقانون الخاص ، ص ٩ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ١١ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ، الفصل الثاني ، ص ١١ وما بعدها . وأنظر في إحلال فكرة الوظيفة الاجتماعية محل الحق ، التغيرات العامة للقانون الخاص ، المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها .

ويلاحظ في هذا الصدد أن ديجي — فيما يبدو — يغفل أن من قواعد القانون ما لا ينهى أو يأمر ، وإنما يبيح . ولعل ذلك مما ساعده على إنكار فكرة الحق . ذلك أن قيام الحق بمعنى القدرة أو السلطة الإرادية انما يرتبط بوجود مثل هذه القواعد الأخيرة . في هذا المعنى : كالينويسكي ، المقال السابق .

ماللارادة من سلطان وإنما مصدره القانون الذى يعتبر هذه الارادة فيرتب عليها الأثر المذكور (١) .

٢٠ — واستناداً إلى التصوير السابق ينتهى ديجى إلى إنكار فكرة الشخص بالمعنى التقليدى الذى ينصرف إلى صاحب الحق ، والقول بأن فكرة الشخص «تستعمل لتحديد الكائن الذى يخضع لقواعد القانون» (٢) ، وأن الشخص من ثم هو شخص القانون أو المخاطب بأحكامه وليس شخص الحق أو صاحبه. ولكن إذا كان الأمر كذلك فما هو مناط ثبوت الشخصية لدى ديجى ؟

هنا يعود ديجى مرة أخرى إلى طبيعة الإنسان الواعية ، وطبيعته الاجتماعية ، فيرتب عليها أن القانون هو فى النهاية مجموعة من الأوامر والنواهى أو مجموعة من التكاليف ، وأن هذه التكاليف لا يمكن أن تتوجه إلا إلى «الإرادات الواعية» (٣) . وعلى هذا النحو يقرر ديجى أن «الكائن الوحيد على ظهر البسيطة الذى يمكن أن يخاطبه القانون هو الإنسان الفرد المتمتع بإرادة واعية » (٤) ، وأن شخص القانون هو الانسان الذى يتمتع بالإدراك أو التمييز . ذلك أنه « يجب ألا يغيب عن الذهن أبداً أن القواعد القانونية هى قوانين غائية ، وأنها تتوجه إلى إرادات ، وأنها تتضمن تكليفاً إيجابياً أو سلبياً . غير أن التكليف لا يمكن أن يتوجه إلا إلى إرادة واعية. حتماً .. إن الالتزام القانونى لا يمس الإرادة فى ذاتها وأنه قيد على نشاط الإرادة ، بمعنى أنه إذا ما خالف الشخص القاعدة ، فإن رد الفعل الاجتماعى التلقائى يتحقق تجاهه فحسب . ولكن ، على سبيل التحديد ، عندما تتم مخالفة القاعدة القانونية من طفل أو من غير متمتع بالعقل ، فإن أى رد فعل اجتماعى لا يتحقق قبله ، وهذا هو خير دليل على أنه ليس من أشخاص

(١) المرجع السابق ، الفصل الثالث ، ص٢١١ ومابعدها. أنظر مايلى بند ٧٣ ومابعده .
(٢) ديجى ، مطول القانون الدستورى ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ . أنظر كذلك التغيرات العامة فى القانون الخاص ، المرجع السابق ، ص ١٧٩ ومابعدها .
(٣) ديجى ، مطول القانون الدستورى ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ .
(٤) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ .

القانون» (١) . وهكذا ينتهي ديجي إلى ربط مناط الإلزام بأحكام القانون بفكرة التكليف ونفي الشخصية عن عديم التمييز .

٢١ — ولقد أدرك ديجي «أن الإنسان الذي لا يعي تصرفاته ، بسبب السن أو المرض العقلي، لا يفلت ... من سلطان القانون»، «وأن الإنسان غير الواعي ... له مصالح معترف بها ، وموضع حماية القانون» ، (٢) مما يشكل اعتراضاً أمام قبول ما يذهب إليه من إنكار الشخصية القانونية على عديم التمييز . ولكنه قد ذهب إلى أن مثل هذه القواعد التي يدخل عديم التمييز تحت سلطانها لا يتجاوز مضمونها أن يكون تكليفاً يتوجه لا إلى عديم التمييز ذاته وإنما إلى غيره ممن يتوقف على سلوكه الحفاظ على مصلحة عديم التمييز ، كما هو الحال مثلا بالنسبة للمكلف برعايته (٣) .

حقاً إن انصياع الغير لما يفرضه عليه القانون من تكاليف — صوناً لمصلحة عديم التمييز — يرتب أثراً أو آخر في جانب عديم التمييز . ولكن إسناد هذا الأثر إلى عديم التمييز لا يتوقف على ثبوت الشخصية لديه . والقول بغير ذلك ليس له من سند سوى تصوير الأثر القانوني في صورة حق ومن ثم في صورة قدرة إرادية ، على نحو تبدو معه الإرادة الحرة هي السبب المنشيء لهذا الأثر (٤). ولكن هذا الأثر لا يعدو أن يكون النتيجة المنطقية لإعمال القاعدة القانونية الموضوعية وليس من الحق الفردي في شيء .

ولذلك لا تبدو هناك حاجة لدى ديجي لفكرة النيابة عن عديم التمييز في التصرفات القانونية . فالنائب القانوني لا يعدو أن يكون شخصاً — متمتعاً بالإرادة والتمييز — يخول له القانون اختصاصاً في إجراء التصرفات القانونية

---

(١) ديجي ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .
وقرب: رنييه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٤٧ وما بعدها . ولاحظ مع ذلك أنه ينظر إلى التكليف نظرة شخصية تخالف نظرة ديجي الموضوعية (أنظر بصفة خاصة ص ٣٤) .
(٢) ديجي ، المرجع السابق ، ص ٣٣٢ .
(٣) المرجع السابق في الموضع السابق .
(٤) المرجع السابق ، ص ٣٢٣ .

لنفسه أو لغيره . فاذا ما أجرى تصرفاً على محل لغير المميز لمصلحته ترتبت أثار هذا التصرف فى حق غير المميز بناء على هذا الاختصاص ، كأثر لإعمال القانون (١) ، دون حاجة إلى القول بأنه ينوب عنه . ففكرة النيابة ليست إلا نتيجة من نتائج إسناد الأثر القانونى لسلطان الإرادة .

٢٢ – ومن الواضح أن هذه النتائج التى وصل إليها ديجى فيما يتعلق بمناط الإلزام بأحكام القانون مبعثها، إنكار فكرة الحق(٢) . ولاشك لدينا أن ديجى كان مصيباً فى إنكار وجود الحق مأخوذاً على معنى الإرادة أو السلطة على النحو الذى تنادى به فلسفة الحرية الطبيعية ومبدأ سلطان الإرادة ، وما يتفرع عنه من نتائج . غير أنه ليس معنى إنكار هذا المفهوم للحق ضرورة انكار فكرة الحق ذاتها إذا ما كانت هذه الفكرة تعبر عن مدلول حقيقى ملموس فى عالم القانون . وقد سبق أن رأينا أن الحق يعبر عما يثبته القانون من اختصاص للشخص بقيمة أو مصلحة ، ومن ثم من استئثار بهذه القيمة أو المصلحة ، وأن مثل هذا الاختصاص يفترض طرفين أحدهما القيمة أو المصلحة محل الاختصاص والآخر هو الشخص الذى تنسب إليه هذه القيمة أو المصلحة . ولذلك فانكار مذهب سلطان الارادة لا يستتبع إنكار وجود الحق ووجود صاحب له بين اشخاص القانون ، وإن كان وجود الحق ووجود صاحب له لا يستتبع كذلك حصر فكرة الشخصية فى فكرة صاحب الحق (٣) . حقاً إن الحق بهذا المعنى يبدو كأثر أو كنتيجة لإعمال القانون . ولكن هل تكفى هذه الحقيقة لإنكار الشخصية على من يثبت القانون له الحق ، وقصرها على من يثبت القانون فى جانبه التكليف ؟

---

(١) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٣٤١ .

(٢) فى نقد نظرية ديجى انظر : جينى ، العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى ، ج ٤ ، ص ١٥٩ وما بعدها ، دابان ، الحق ، المرجع السابق . وانظر فى تقييم هذه النظرية ، رنيه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٢١٦ ومابعدها .

(٣) يلاحظ فى هذا الصدد أن ديجى فى – نفيه لفكرة الحق–قد خلط بين الاتجاه الشخصى فى تصور القانون وبين الحق الشخصى . فإضافة لفظ الشخص لفظ الحق لا يقصد منه أكثر من التعبير عن المركز الفردى الذى يوجد فيه الانسان تجاه القاعدة القانونية ، ولا يقصد به على الاطلاق التعبير عن الاتجاه الشخصى فى تصور القانون . أنظر فى هذا الشأن : رنيه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ .

إن وظيفة القانون تبدو على هذا النحو متمثلة فى إثبات الحقوق من ناحية وفى وضع التكاليف من ناحية أخرى . فلماذا يناط ثبوت الشخصية بفكرة التكليف وحدها دون فكرة الحق ؟

يبدو من العرض السابق أن دبجى يتصور أن ثبوت الأثر القانونى – الذى يتمثل فيه الحق – هو دائماً نتيجة تكليف سابق – على نحو يبدو معه الأثر القانونى تابعاً بصفة دائمة للتكليف ، ويبدو من المنطقى إناطة الشخصية بالفكرة الأصلية وهى فكرة التكليف . ولكن القانون الوضعى يعرف حقوقاً مؤكدة يستقل ثبوتها تماماً عن فكرة التكليف السابق كما هو الحال فى الحقوق الناشئة عن الميراث – على نحو لا يكون هناك معه محل لإناطة فكرة الشخصية بفكرة التكليف وحدها ومن دون فكرة الحق .

وإذا كان المنطق يؤدى إلى إمكان اناطة فكرة الشخصية بفكرة الحق مثلها فى ذلك مثل فكرة التكليف فكيف يستساغ نفى الشخصية عن عديم التمييز فى الوقت الذى تثبت له فيه الحقوق ؟

بل وإذا ما سلمنا جدلا بإناطة فكرة الشخصية بفكرة التكليف وحدها دون فكرة الحق ، فكيف يمكن نفى الشخصية عن عديم التمييز فى الوقت الذى يدان فيه بلا شك بكثير من الالتزامات المالية ، فيلتزم بديون مورثه فى حدود ما آل إليه من التركة ، ويلتزم بما يفرضه القانون من ضرائب ، ويلتزم بما يجريه النائب عنه من تصرفات قانونية لحسابه ، وقد يلتزم بالتعويض عما ترتبه أفعاله أو أفعال تابعيه من ضرر ؟ يبدو مما سبق أن دبجى يرى فى مثل هذه الالتزامات تكاليف على النائب ذاته لا على الأصيل عديم التمييز . ولكن الواقع أن الالتزام يثبت فى ذمة عديم التمييز ذاته ويوفى من ماله ، وأن ثبوت الالتزام والوفاء به على هذا النحو لا يكون له من معنى سوى ثبوت التكليف بالأداء فى حق عديم التمييز . ففكرة الالتزام تفترض التكليف على نحو لا يتصور معه وجود الالتزام دون تكليف بأدائه اللهم إلا فيما يعرف بالالتزام الطبيعى (١)

---

(١) أنظر فى تحليل الالتزام الطبيعى : كومباراتو ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ – ١٨٥ ؛ جلال العدوى ، الالتزام الطبيعى ، على الآلة الكاتبة ، ١٩٧١ .

فاذا ما كان تنفيذ التكليف من المكلف غير ممكن ، فإن ثبوت التكليف على هذا النحو لا يمكن تصوره إلا على أساس أن هذا التكليف يمكن الإنابة فى تنفيذه . ولذلك فثبوت الالتزام فى ذمة عديم التمييز لا يمكن تصوره إلا على أساس أن أدائه من النائب يقوم مقام الأداء من الأصيل .

وعلى هذا النحو السابق يبدو من الصعوبة بمكان التسليم بما ينتهى إليه دبجى من إنكار الحق ، وإنكار الشخصية على عديم التمييز ، وإنكار الحاجة إلى فكرة النيابة .

نظرية كلسن :

٢٣ — أما كلسن فمشكلة القانون لديه هى — مباشرة ودون نظر إلى أساس القانون — مشكلة تحليل بنيان النظام القانونى وتحديد علاقة مكوناته أو وحداته الأساسية بعضها بالبعض الآخر (١) . وهو صاحب منهج تجريدى ينظر إلى القانون كظاهرة (٢) ، ويحاول أن يمسك بهذه الظاهرة فى كينونتها واستقلالا عما يسندها أو يتفرع عنها من معطيات نفسية أو اجتماعية أو عقائدية أو سياسية(٣). وعلى أساس من هذا التصور وذلك المنهج ينتهى كلسن إلى أن الوحدة الأساسية فى النظام القانونى هى قاعدة السلوك ، وإلى أن هذا النظام لا يعدو أن يكون بناء متراصاً من القواعد القانونية يعلو بعضها البعض ، ويستمد أعلاها قوته الملزمة من أدناها ، ويعتبر فى ذات الوقت تطبيقاً له . ففى أدنى هذا البناء توجد القاعدة القانونية المبدئية التى تعطى القوة الملزمة لقواعد النظام القانونى كله والتى تعتبر القواعد المذكورة تطبيقاً لها وتفريعاً عليها (٤) . وفى أعلى البناء توجد القواعد القانونية الفردية التى تطبق أو تنزل

---

(١) النظرية المجردة للقانون ، المرجع السابق .

(٢) فى هذا المعنى : بول أمسلك ، المرجع السابق ، ص ٤٥ ومابعدها . وقارن : برلانتزاس ، طبيعة الأشياء والقانون ، ١٩٦٥ ، ص ٥٧ ومابعدها .

(٣) كلسن ، المرجع السابق ، ص ١ ومابعدها .

(٤) أنظر فى طبيعة هذه القاعدة المبدئية لدى كلسن : دكتور محمد طلعت الغنيمى ، بعض الاتجاهات الحديثة فى القانون الدولى العام ، ١٩٧٤ ، رنيه كابيتان ، المرجع السابق ، ص١٦١ ومابعدها .

أحكام النظام القانونى على الوقائع أو التصرفات المادية المختلفة. وبين القاع والقمة تتدرج فصائل أو طوابق القواعد القانونية من العمومية إلى الخصوصية ومن التجريد إلى الواقعية .

وعلى هذا النحو تنبع القواعد القانونية من القاعدة المبدئية، ثم تتسلسل من الدستور إلى القانون إلى اللوائح إلى الأحكام القضائية والتصرفات القانونية والقرارات الإدارية (١) .

٢٤ — ولا تختلف نظرية كلسن عن نظرية ديجى على هذا النحو من حيث النظر إلى القانون كمجموع من قواعد السلوك الملزمة والتى يضمن الجزاء احترامها (٢) ، ومن حيث إنكار فكرة الحق بالمعنى المتعارف عليه فى النظرية التقليدية والنظر اليه كمجرد مظهر لإعمال أو تطبيق القاعدة القانونية . غير أن الخلاف بين النظريتين يظهر مع ذلك من وجوه ثلاث .

فأما الوجه الأول فيتمثل فى أن ديجى يحصر مضمون القاعدة القانونية فى الأمر أو النهى — أو فى التكليف بالمعنى الدقيق — ويترك من ثم منطقة «الإباحة» خارج نطاق القواعد القانونية . أما كلسن فيمد مضمون القاعدة القانونية إلى الاباحة بجانب ذلك ، ويجعل من ثم سلوك الإنسان فى كليته محلا لقواعد القانون ، سواء كان هذا السلوك مأموراً به أو منهياً عنه أو كان سلوكاً مباحاً (٣) .

وأما الوجه الثانى فيتمثل فى أن ديجى يحتفظ لفكرة القاعدة القانونية بصفة العمومية والتجريد . أما كلسن فيحرر فكرة القاعدة القانونية من هذه الصفات . فالقاعدة القانونية لا تحتفظ لديه من العمومية والتجريد إلا بقدر

---

(١) كلسن ، المرجع السابق ، ص ٢٩٩ وما بعدها .

(٢) كلسن ، المرجع السابق ، ص ٤٢ ومابعدها .

(٣) كلسن ، المرجع السابق ، ص ٢٠ ومابعدها .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن البعض يرى فى الحق مجرد إمكانية فى التصرف أو بعبارة أخرى يرى فيه مجرد السلوك المباح (كالينويسكى ، المقال السابق) . وبهذا المعنى لفكرة الحق يمكن القول بأن كلسن يعترف بوجود الحق من الناحية الفنية .

ما تخوله لها وضعها فى النظام القانونى . ففى أدنى النظام القانونى توجد القاعد الدستورية التى تحتفظ بأقصى قدر من العمومية والتجريد . وفى أعلاه توجد الأحكام والتصرفات والقرارات التى تفتقد هذه الصفات افتقاداً تاماً (١) . وبين هذه وتلك تتدرج بقية القواعد من العمومية إلى الخصوصية ومن التجريد إلى الواقعية .

وأما الوجه الثالث فيتمثل فى أن ديجى يعتبر كل ما يتفرع عن القاعدة القانونية — العامة والمجردة — مجرد تطبيق لها ونتاج لهذا التطبيق لا أثر للتقعيد فيه . أما كلسن فينظر إلى ما يتفرع من القاعدة القانونية نظرة مزدوجة. فهو فى علاقته بهذه القاعدة يعتبر تطبيقاً لها . وهو فى ذاته يعتبر خلقاً لقاعدة قانونية أعلى منها وأقل فى العمومية والتجريد (٢) . وترتيباً على ذلك فكلسن لا يعتبر الأحكام والتصرفات القانونية والقرارات الادارية مجرد تطبيق لقاعدة قانونية تسندها ، وانما كذلك خلقاً لقواعد فردية تتواجد أعلاها فى السلم القانونى .

وترتيباً على ذلك يمكن القول بأن كلسن إذا كان ينكر فكرة الحق مثله فى ذلك مثل ديجى ، إلا أنه خلافاً لديجى يحل محل الحق فكرة أخرى هى فكرة القاعدة القانونية الفردية .

وبعبارة أخرى فكلسن يحتفظ بالجانب الفردى من القانون بجانب الجانب الموضوعى أو العام،ويقيم بين الجانبين وحدة عضوية من خلال فكرة القاعدة القانونية بعد تخليصها من صفتى العمومية والتجريد .

---

(١) وعلى هذا النحو يمكن التمييز بين القواعد العامة والقواعد الفردية . والقاعدة الفردية تقابل ما يعبر عنه فى لغة الفقه بالالتزام،والسلطة ، والحق ، والمركز القانونى . فى هذا المعنى : رينيه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٥٨ ومابعدها . وأنظر فى ضرورة هذه التفرقة ونقد موقف ديجى فى هذا الصدد ،المرجع السابق ، ص ١٥٤ ومابعدها .

(٢) يلاحظ الفقه فى هذا الصدد أن إعمال القانون أو تطبيقه لا يعدو أن يكون خضوعاً لما يضعه من تكاليف ، وأنه لا يمكن على هذا النحو أن يختلط بخلقه ، وأن كلسن قد خلط بين الأمرين نتيجة لخلطه بين نوعين من القواعد : «قواعد الاختصاص وقواعد الامن Police » التى تحدد مباشرة نشاط الشخص والتى تعتبر وحدها قاعدة قانونية بالمعنى الدقيق . فى هذا المعنى : رنييه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ وما بعدها .

٢٥ — وإذا كانت هناك هذه الفوارق بين كل من النظريتين — رغم ما يجمعهما من وحدة فى نقطة البداية — فإنه يصح التساؤل عن مدى تأثير الفوارق المذكورة على تحديد مناط الإلزام بأحكام القانون وعلى تحديد فكرة الشخصية لدى كلسن .

والواقع أن أهم تأثير لهذه الفوارق إنما يبدو فيما تؤدى اليه نظرية كلسن من ازدواج فكرة الشخصية . فالنظام القانونى لدى كلسن يبدو كمنوال من التخليق المستمر للقواعد القانونية الملزمة، إحداها من الأخرى . وهذا المنوال يتمثل على النحو السابق فى خلق للقاعدة القانونية من ناحية وفى إلزام بها من ناحية أخرى . والخلق هو اختصاص العضو القانونى الذى تجيز له القاعدة الأدنى هذا الخلق أو تعطيه سلطته ، والإلزام هو إلزام القاعدة القانونية ذاتها . ومن ثم يمكن القول بأن هناك معنيين للشخص . فأما المعنى الأول فينصرف إلى صاحب السلطة فى خلق القاعدة القانونية . وأما المعنى الثانى فينصرف إلى الملزم بالقاعدة القانونية ، أو بعبارة أدق الذى يعتبر سلوكه موضوعاً لإلزام تضعه القاعدة القانونية المذكورة (١) .

ومن الواضح أن صاحب السلطة فى خلق القاعدة القانونية يقابل صاحب الحق فى النظر التقليدى وأن الملزم بهذه القاعدة هو المخاطب بالتكليف . غير أن منطق كلسن يؤدى — مثله فى ذلك مثل منطق ديجى — إلى ربط الشخصية فى معنييها بالإرادة والتمييز .

فالشخص الذى يجوز له خلق القاعدة هو بالضرورة شخص يعى تصرفاته ، إذ السلطة كما قدمنا هى سلطة إرادية أو هى تصرف إرادى منشىء لقاعدة قانونية وفقاً لقاعدة أدنى . والشخص الذى يعتبر سلوكه محلا للالتزام ، بحيث يترتب الجزاء على عدم تنفيذه هذا الالتزام ، هو بالضرورة كذلك شخص متمتع بالإرادة الواعية أو التمييز .

---

(١) أنظر فى ذلك : كلسن ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ ومابعدها .

وقد حرص كلسن (١) على تأكيد أن الشخص بأى من معنييه لا يعتبر كائناً ذاتياً يعيش خارج النظام القانونى وسابقاً عليه بحيث لا يكون له إلا أن يعترف به ، وانما هو جزء من هذا النظام يتحدد على أساس قواعده . فهو لا يعدو أن يكون الفرد الذى يكون سلوكه منشئاً للقاعدة أو محلا للالتزام الذى تشكله القاعدة المذكورة . وبعبارة أخرى فالشخصية ليست عنصراً متميزاً عن السلطة أو الالتزام وإنما هى مجرد تشخيص لها أو أداة للتعبير عن الوحدة المكونة منها .

وعلى هذا النحو السابق فعلى الرغم من أن تحليل كلسن قد أوصله بالفعل إلى ازدواج فكرة الشخصية ، الا أنه قد أوصله من ناحية أخرى إلى نفى الشخصية فى معنييها عن عديم التمييز ، نتيجة لربط فكرة الشخصية وفكرة القانون ذاته بفكرة قاعدة السلوك . وهو بذلك يعجز — مثله فى ذلك مثل سابقه — عن تفسير ثبوت الآثار القانونية — من حقوق والتزامات — فى ذمة عديم التمييز نتيجة لتصويره هذه الآثار تصويراً سلوكياً محضاً. ومن الواضح أن مثل هذا التصوير يستجيب إلى تصوير الحقوق — باعتبارها مكونات القانون — كقدرات إرادية أكثر من تصويرها كعلاقات اختصاص .

٢ — تمايز الشخصية عن فكرة المكلف

المقابلة بين فكرة القدرة الاراديه وفكرة المكلف :

٢٦ — يتضح من استعراض النظريات السابقة — التى تركز جوهر القانون فى قاعدة السلوك — أنهاتصل إلى ما سبق أن توصلنا إلى إثباته من أن الشخص هو شخص القانون لا شخص الحق ، وأنها مع ذلك تصل إلى ذات النتيجة التى تصل إليها النظريات التى تركز القانون فى فكرة الحقوق وترى فى الحقوق قدرات إرادية من انكار الشخصية على عديم التمييز ، خلافاً لمنطق القانون الوضعى . فقاعدة السلوك تفترض التميز فى المخاطب بها بمثل ما يفترض الحق — مفهوماً على معنى القدرة الإرادية — التميز

(١) المرجع السابق فى الموضع السابق .

فى صاحبه . والواقع أن فكرة السلوك وفكرة القدرة الإرادية هما وجهان لشىء واحد ، هو حرية الإنسان من حيث هى محل للتنظيم القانونى . ففكرة القدرة الإرادية تعبر عما يخوله هذا التنظيم من مكنات للإنسان . وفكرة قاعدة السلوك تعبر عما يفرضه من واجبات عليه . ولذلك فليس بغريب أن تنتهى كل من الفكرتين إلى نتيجة واحدة فيما يتعلق باشتراط التميز لثبوت الشخصية . ولذلك أيضاً فقد قاعدة السلوك إلى الإباحة بجانب الأمر والنهى — على نحو ما يذهب اليه كلسن — يوجد مكاناً للقدرات الإرادية داخل إطار قاعـــــدة السلوك ، ويجعل الحق بمعنى القدرة الإرادية فصيلة من فصائل القاعدة القانونية ذاتها .

وقد سبق أن رأينا أن الحق ليس فى الواقع هو القدرة الإرادية وإنما هو أمر سابق عليها تعتبر هي نتيجة من نتائجه . فالحق هو الاختصاص بالقيمة والقدرة الارادية هى الأثر لهذا الاختصاص . ولذلك فاذا كانت قاعدة السلوك تقابل القدرة الإرادية ، فلابد أن تتضمن قواعد القانون ما يقابل الحق بالمعنى الدقيق — محمولا على معنى الاختصاص بالقيمة ، وما تعتبر قاعدة السلوك أثراً له .

وعلى هذا النحو فحرية الإنسان لا تستنفذ كل التنظيم القانونى ، وكل من القدرات الإرادية والواجبات بالامتناع عن السلوك المنهى عنه أو باتيان السلوك المأمور به لا تستنفذ بنيان القانون . فالقانون يقرر الحقوق والالتزامات بالمعنى الدقيق . وهذا التقرير يتم خارج منطقة حرية الإنسان . والقانون يرتب بناء على هذا التقرير كلا من قدرات الانسان الإرادية من ناحية وواجباته السلوكية من ناحية أخرى . وهذا التنظيم هو وحده الذى يتخذ من حرية الإنسان وسلوكه محلا له . ولذلك فالنظريات التى تعتمد فكرة قاعدة السلوك أساساً لبنيان القانون — رغم أنها قد استطاعت بالفعل تركيز الضوء على الجانب التكليفى فى القانون — إلا أنها مع ذلك لم تستطع التخلص من آثار فلسفة الحرية عند تحديدها لمضمون القاعدة القانونية ، فحصرت هذا المضمون فى الجانب التكليفى المذكور .

وقد بدأت بالفعل – فى الفقه المعاصر – بوادر الكشف عن حقيقة مضمون القاعدة القانونية ، واستظهار كيف أن هذا المضمون يتجاوز إلى حد كبير فكرة التكليف المصاحبة لفكرة قاعدة السلوك . وهذا ما نلمسه بوضوح فى النقاش الدائر حول تقسيم القواعد القانونية من حيث مضمونها ، وحول طبيعة ما تتضمنه من تكليف وما إذا كان هذا التكليف تكليفاً مطلقاً أو تكليفاً شرطياً .

فكرة التكليف وفصائل القواعد القانونيه :

٢٧ – فأما عن فصائل القواعد القانونية ، فالقانون يعرف نوعاً من القواعد لا تأمر بسلوك معين أو تنهى عنه – على الأقل بطريق مباشر – وإنما تقتصر على مجرد بيان حكم أو أخر من الأحكام (١) ، كالقواعد التى تحدد أنصبة الورثة فى التركة أو التى تجعل الالتصاق سبباً للتملك أو البيع سبباً للشفعه ، وكالقاعدة التى تقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحائز أو القاعدة التى تحدد الموطن بمحل إقامة الشخص المعتادة ، أو تلك التى تثبت اختصاصاً معيناً لجهة أو هيئة معينة . فمثل هذه القواعد لا يبدو أنها قواعد سلوك ولا تبدو الحاجة إلى ضرورة التمتع بالإدراك لتعلق حكمها بالفرد او الإفادة مما تخول من حقوق أو الالتزام بما تفرض من واجبات .

ويبدو أن جانباً من الفقه التقليدى قد لمس بالفعل وجود مثل هذه القواعد . غير أن هذا الفقه قد ذهب مع ذلك إلى القول بأن هذه القواعد «وإن كان التكليف فيها غير صريح الصورة ، تتضمن فى الواقع أمراً أو تكليفاً إلى الكافة أو إلى شخص أو هيئة معينة باحترام أحكامها والتزام سلوك معين فيما توجد من علاقات أو روابط قانونية . فالقاعدة التى تقرر أن الحيازة فى المنقول سندالحائز تتضمن أمراً إلى الكافة وخاصة إلى المالك بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية . والقاعدة التى

(١) أنظر فى هذا الصدد تفرقة دى لوجو بين قواعد السلوك والقواعد التنظيمية . دى لوجو ، دروس الدكتوراة القيت على طلبة كلية حقوق الاسكندرية تحت عنوان «أسباب الاباحة» ص ١٠ .

تقرر أن موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة تتضمن أمراً إلى الكافة بتوجيه الأوراق القضائية مثلا اليه فى هذا المحل . والقاعدة التى تثبت الاختصاص لجهة أو هيئة معينة ، تتضمن تكليفاً إلى هذه الجهة أو الهيئة بالعمل فى حدود هذا الاختصاص وعدم تخطية، بما يمنع غيرها من مزاحمتها أو مشاركتها فيه ، وتتضمن كذلك أمراً إلى الكافة بالخضوع لهذا الاختصاص والتزام ما يصدر عنه من أوامر أو قرارات» (١) .

ولا شك لدينا فى وجود مثل هذه التكاليف المقول بها . غير أن هذه التكاليف ليس مصدرها فى الواقع تلك القواعد المذكورة وإنما مصدرها قواعد أخرى . فأمر الكافة بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية ليس مصدره القاعدة التى تقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحائز وإنما مصدره قاعدة أخرى تنهى عن التعرض لصاحب الحق فى تمتعه بحقه . أما القاعدة محل البحث فموضوعها هو مجرد تقرير حق الحائز بما يضفى على مركزه بعد ذلك الحماية التى تقررها غيرها من القواعد لصاحب الحق .

وأمر الكافة بتوجيه الأوراق القضائية إلى الشخص فى محل إقامته المعتادة ليس مصدره القاعدة التى تقرر أن موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة ، وإنما مصدره القاعدة التى تأمر بتوجيه الأوراق القضائية إلى الشخص فى موطنه . أما القاعدة محل البحث فموضوعها مجرد تقرير أن موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة . وتكليف هيئة أو جهة بالعمل فى حدود اختصاصها ومنع غيرها من مزاحمتها فى هذا الاختصاص ليس مصدره القاعدة المقررة للاختصاص المذكور وإنما مصدره قاعدة أخرى تكلف كل هيئة معينة بالعمل فى حدود اختصاصها. أما القاعدة موضع البحث فحلها هو مجرد تقرير الاختصاص المذكور .

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ٢٢ . وفى نفس المعنى : دابان ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٩ ، ص ٨٢ ؛ منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٧٠ بند ٩ ، ص ٢٤ ومابعدها ، بند ١٢ ، ص ٣١ وما بعدها ؛ شمس الدين الوكيل ، مبادىء القانون ، ١٩٦٨ ، بند ٩ ص ١٥ .

وقد أدرك ديجى ذاته أن القانون يعرف نوعاً من القواعد لا تعتبر قواعد سلوك (١). فقد ميز بين ما أسماه القواعد النمطية «Normatives» وما أسماه القواعد «الإنشائية Constructives» ، وعرف هذه الاخيرة بأنها «القواعد المقررة لتنفيذ الأولى بقدر الإمكان . أنها تنظم الاجراءات وتتخذ الوسائل أو فى الجملة تخلق السبل القانونية اللازمة لاعمال الأولى» .

غير أن ديجى تحت تأثير نفوره من فكرة الحق – محمولا على معنى الإرادة – ومن الارتباط التقليدى بينها وبين فكرة الشخصية ، لم يبصر أن إحداث مثل هذه القواعد أثرها إن كان لا يستلزم الإدراك – وخلافاً للقواعد النمطية – فهو يستلزم وجود الشخصية .

والواقع أن القول بأن قاعدة السلوك تستنفد مضمون القانون ، وأن القواعد القانونية دائماً وأبداً قواعد تكليفيه ، مبعثه تصور أن القانون يتوجه دائما إلى الإرادات كقيد عليها ، دون البصر بأن كثيراً من قواعد القانون تقرر المراكز القانونية دون نظر إلى إرادة صاحب هذه المراكز أو إلى سلوكه ، وأن مهمة مثل هذه القواعد الأخيرة إنما هى اثبات هذه المراكز لأصحابها دون توقف على إرادتهم أو على إرادة غيرهم . ان هناك «قوانين لا تأمر ولا تفسر الإرادات ولكن تقرر لسبب بسيط هو أنه فى عدد كبير من المراكز القانونية لا يكون تدخل الارادة متصوراً» (٢) .

ومن ثم يمكن القول بأن عيب نظريات قاعدة السلوك – مثلها مثل نظريات الحق كقدرة إرادية – انما يكمن فى اتخاذها إرادة الإنسان محوراً وحيداً لأحكام القانون. حقاً ان نظريات الحق التقليدية تجعل الحق بمعنى الإرادة حقاً طبيعياً وتجعل دور القاعدة القانونية مجرد حماية الحق ، بينما نظريات

---

(١) المرجع السابق ، ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) جونو ، مبدأ سلطان الارادة فى القانون الخاص ، ١٩١٢ ، ص ٩٢ . وقارن ، رفييه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٧٧ ومابعدها .

قاعدة السلوك تنفى الحق كإرادة طبيعية وتجعل دور القاعدة القانونية هو تكليف الإرادة . ولكن يبقى بعد ذلك أن كلا منها يجعل الإرادة وحدها محوراً للقانون .

٢٨ — والقانون يعرف كذلك نوعاً من القواعد «غير الآمرة» يقال لها القواعد المفسرة أو المكملة ، لا تطبق إلا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها ومن ثم يختلف وجه الإلزام فيها عنه فى القواعد الآمرة (١) . ووجود مثل هذه القواعد يثير الشك فى صحة القول بأن القانون مجرد قواعد سلوك تأمر أو تنهى على سبيل الإلزام بصفة دائمة (٢). ويظهر هذا الشك من استجلاء خلفية التسميات المتعددة التى تطلق عليها .

فالقول بأنها قواعد مفسرة مبعثة نظرة معينة إليها ترى أن المشرع بوضعه لها لم يهدف إلى أبعد من تفسير الإرادات المحتمله لأطراف العلاقة القانونية . وغنى عن البيان ما تتضمنه هذه النظرة من افتراض ومن تأثر بالنظر إلى القانون كمجرد تعبير عن إرادات الأفراد

والواقع أن المشرع عندما يضع هذه القواعد إنما يضع التنظيم الذى يرتضيه للعلاقة التى تتناولها هذه القواعد فى حالة اغفال طرفيها لمثل هذا التنظيم . ومن هنا كانت تسميتها بالقواعد المكملة فى الفقة الحديث تعبيراً عن هذه الحقيقة . ولا شك أن هذه التسمية الأخيرة أقرب إلى إظهار حقيقة الوظيفة التى تؤديها هذه القواعد (٣) . غير أنها مع ذلك لاتكشف عن الخصوصية التى تتميز بها القواعد المذكورة من الناحية الفنية ، ولا تستظهر مناط اختلاف وجه التكليف فيها عنه فى القواعد الآمرة .

ويذهب الفقه فى هذا الصدد إلى القول بأن القواعد المكملة تتضمن هى

---

(١) مارتى ورينو ، مطول القانون المدنى ، جـ١ ، ١٩٦١ ، ص ١٦٢ بند ٩٨؛ رنييه كابتيان ، المرجع السابق ص ٧٠ ومابعدها .

(٢) أنظر فى تناقض التفرقة بين النوعين من القواعد : محمد طلعت الغنيمى ، المرجع السابق ، ص ٥٢ وما بعدها . وقرب ، رنييه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٧١ ومابعدها .

(٣) سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٧٤ ، ص ٨٥ .

الأخرى تكليفاً — مثلها فى ذلك مثل القواعد الآمرة — وإن يكن هذا التكليف لا يتوجه إلا إلى الذين لا تنصرف إرادتهم إلى مخالفتها دون الذين تنصرف إرادتهم إلى مخالفتها (١) . ومن الواضح ما يتضمنه هذا القول من تناقض مع المقدمة التى يبدأ منها هذا الفقه والمتمثلة فى اعتبار قواعد القانون دائماً وأبداً قواعد سلوك تأمر أو تنهى على سبيل الجزم أو التكليف . فهذا القول الأخير مقتضاه أن القواعد القانونية توضع لكى يكون السلوك على هديها ولكى يكون جزاؤها مسلطاً من بعد على من يخالفها ، ولا توضع لكى تخالف ولكى يؤخذ من لا يخالفها بمقتضاها (٢).

ومن الواضح كذلك أن هذا التناقض مبعثه خطأ المقدمة المبدئية التى تذهب إلى أن القانون هو دائماً وأبداً قواعد مسلطة على الإرادة ، تهدف إلى منعها من التصرف أو إجبارها عليه ، دون التسليم بوجود قواعد موضوعها تقرير أمر أو آخر خارج سلطان الإرادة وبصرف النظر عن موافقتها ، هى ما نسميه بالقواعد المقررة .

طبيعة التكليف :

٢٩ — يذهب الاتجاه السائد فى الفقه إلى أن التكليف الذى يتضمنه القانون تكليف مطلق ، بمعنى أن المخاطبين بالقانون يكون مطلوباً منهم دائماً وأبداً محاذاة سلوكهم على النمط السلوكى الذى ترسمه القاعدة ، وليس الاختيار بين محاذاة سلوكهم على هذا النمط وتحمل الجزاء . وعلى هذا النحو يكون الجزاء بمثابة «العقاب» الذى يوقع على المخالف جزاء له وردعاً لغيره ، لا بمثابة أحد الخيارين المطروحين على أشخاص القانون (٣) .

---

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ٦٠ ؛ دابان ، المرجع السابق ، ص ٨٣ حاشية.

(٢) أنظر فى تحليل هذه القواعد وبيان صفتها المقررة فى الفقه المصرى ، بصفة خاصة : جميل الشرقاوى ، دروس فى أصول القانون ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، ١٩٦٦ ، بند ٢٦ ، ص ٧٠ وما بعدها . وأنظر كذلك عبد الناصر توفيق العطار ، مبادىء القانون ، ١٩٧١ ، بند ٣٥ ، ص ٥٢ وما بعدها ، حيث يرى أن القاعدة المكمله قاعدة يكون تطبيقها معلقا على شرط .

(٣) أنظر فى هذا الصدد ، دابان ، المرجع السابق ، ص ٧٥ وما بعدها ؛ حسن كيرة ، المرجع السابق ص ٢٣ وما بعدها .

فعندما يفرض القانون عقوبة الإعدام جزاء للقتل العمد مثلا ، فهو لا يجعل لأشخاص القانون خياراً بين الانتهاء عن القتل والإفلات من الجزاء وبين اتيان القتل وتحمل هذا الجزاء ، وإنما هو يقتصر على تحريم القتل اطلاقاً ، فيكلف جميع أشخاص القانون الامتناع عنه ويجعل من الحكم بالإعدام وسيلة لزجر المخالف وردع غيره .

ولا شك أن مثل هذا القول يتضمن — إلى حد كبير — تجريداً للقاعدة القانونية عن الظروف التى يناط بها تطبيق هذه القاعدة ، على نحو يجعله غير معبر تماماً عن حقيقة التكليف الذى تتضمنه قواعد القانون . ذلك أن التأمل فى القواعد القانونية يكشف فى الواقع عن ارتباط التكليف فيها بأسباب معينة أو شروط لا يقوم التكليف فى حق المكلف إلا بتوافرها ، ويؤدى تخلفها إلى امتناع التكليف بالسلوك ، ومن ثم امتناع توقيع الجزاء على السلوك المخالف للتكليف كلما تخلفت هذه الأسباب أو الشروط .

وقد اتخذ البعض من الحقيقة السابقة سند القول بأن «القانون الوضعى لايتضمن أوامر أبداً . فهو مجرد حكم فرضى عام. إنه يؤكد أن أثراً معيناً سوف يحدث إذا ما وجد سبب ما » (١) . وهكذا فالقاعدة القانونية تستحيل صياغتها إلى صياغة القوانين الطبيعية التى تعبر عن الصلة بين واقعتين ، تحت لواء السببية القانونية ، وتبدو كتعبير عن الصلة بين واقعة الجزاء وواقعة السلوك المرتب له (٢) .

ولا شك أن هذا الاتجاه الذى ينفى فكرة التكليف من القانون نفياً تاماً يعتبر اتجاهاً فردياً ليس له من نصير فى الفقه المعاصر . غير أن مظاهر الشعور بأن أنماط السلوك لا تستنفد مضمون القواعد القانونية تبدو مع ذلك فى الفقه الحديث بشكل أو بآخر .

---

(١) Zitelman, irrtTm und richtsgischaft, leipzig, 1829 P. 208 at 222,

أشار اليه دابان ، فى المرجع السابق ، ص ٧٦ .

(٢) دابان ، المرجع السابق ، ص ٧٦ وأنظر كذلك رنييه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٥٦ ومابعدها .

فالبعض من أنصار فكرة التكليف المطلق ينبه إلى أن كل تكليف يرتبط بفرض يوضع له ، يتمثل فى مجموع الظروف التى يناط قيام التكليف بتوافرها ، وأن كل جزاء يرتبط كذلك بفرض يوضع له ، ويتمثل فى مخالفة التكليف الذى يرتبط ايقاع هذا الجزاء بقيامه (١) . ومن هنا فقواعد القانون «ليست دائماً منفصلة ومستقلة . انها فى الغالب ، وعلى العكس من ذلك ، تتسلسل وتتابع . ومن هنا فالقاعدة القانونية يمكن أن تجد الفرض الخاص بها إما فى الانصياع لقاعدة سابقة عليها منطقاً ، وإما فى مخالفتها » (٢) .

والبعض الآخر يذهب إلى أن التكليف — أمراً كان أو نهيا — انما يتفرع عن الجزاء ذاته . «فالسلوك المخالف يعتبر سلوكاً منهياً عنه والسلوك الموافق يعتبر سلوكاً مأموراً به ، باعتبار ما يترتب عليه من جزاء ، وليس الجزاء هو الذى يترتب على كون السلوك مأموراً به أو منهياً عنه . فالقاعدة القانونية لا يعدو مضمونها أن يكون تقرير أن حدوث أمر معين يستتبع توقيع جزاء معين . والأمر الذى تتضمنه مثل هذه القاعدة إنما ينتج بالتبعية لهذا التقرير وبصفة غير مباشرة » (٣) . وعلى هذا النحو

---

(١) فى هذا المعنى ، أنظر : دابان ، المرجع السابق ، ص ٧٣ ومابعدها ، ص ٨٦ ومابعدها ؛ عبد الحى حجازى ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القانون ، ١٩٦٦ ، المبحث الخاص بعناصر القاعدة القانونية ، ص ٥٥ وما بعدها ؛ منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، بند ٩ ، ص ٢٤ ومابعدها ؛ شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، بند ١٢ ، ص ١٧ .

(٢) دابان ، المرجع السابق ، ص ٧٤ . وأنظر فى ترابط العلاقات والقواعد القانونية وأنواعه : روجان Rogain المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٢٦١ — ٢٨١ . فهو يثير مشكلة الترابط بين العلاقات القانونية والترابط بين القواعد القانونية ، ويقسم هذا الترابط إلى ترابط بنائى Structural وترابط عادى أو نظامى Normal ou Institutionel . فالأول هو الترابط بين العلاقات والقواعد القانونية من حيث أن إحداها تكون جزاء للأخرى . أما الآخر فهو الترابط الناشىء من أن تنفيذ الأداء الواجب فى رابطة قانونية معينة يستتبع تلقائياً قيام مجموعة من الروابط الجديدة ، ومن ثم فهو الترابط الناشىء عن الأنصياع لحكم القانون لا عن عدم الانصياع له كما فى الترابط الأول .

(٣) كلسن ، المرجع السابق ، ص ٣٥ . أنظر كذلك ذات المرجع ص ١٣٥ ومابعدها .

يظل مضمون القاعدة القانونية هو التكليف ، ولكن هذا التكليف يعتبر تكليفاً فرضياً أو شرطياً لا تكليفاً مطلقاً (١) .

ومن الواضح أن الاتجاهات السابقة إن كانت تنبع كما قدمنا من الشعور بعدم استنفاد فكرة السلوك أوالتكليف لمضمون قواعد القانون ، فإنها مع ذلك تحاول أن تجد لهذا الشعور سنداً في فكرة التكليف عن طريق القول بأن التكليف يوضع لفرض معين أو أن التكليف شرطي وليس تكليفاً مطلقاً . وهي بذلك لا تجرؤ على أن ترتب على الشعور بعدم اقتصار مضمون القواعد القانونية على فكرة التكليف نتيجته الصريحة والمباشرة من أن أحكام القانون لا تقتصر على مواجهة السلوك وإنما تتجاوز ذلك إلى مواجهة الآثار القانونية ، وأنها لا تقتصر على أحكام التكليف وإنما تتجاوز ذلك إلى أحكام الوضع . ونتيجة لذلك فقد ظل الجانب الفرضي – أو «الشرطي» – المقول به في القانون بعيداً عن الدراسة الاستقصائية أو التحليلية الجادة والشاملة .

المبحث الثاني

مناط الالزام بالاحكام المدنيه وازدواج بنيان القانون

٣٠ – لعله قد أصبح من الواضح من دراستنا السابقة أن مناط الإلزام بأحكام القانون يرتبط بفكرة القانون بمعناه الموضوعي – ذاته وفي كليته – وليس بمجرد إحدى الفكر الجزئية المتفرعة عن القانون ، كفكرة الحق أو فكرة الواجب ، وأن هذا المناط ليس واحداً في جميع الأحكام ، على نحو تتعلق معه بعض الأحكام بالكافة ويقتصر تعلق بعضها الآخر على من يتمتع بقدر من الملكات الذهنية تتيح له الإدراك أو التمييز . ولعله من الواضح كذلك أن اختلاف مناط تعلق الأحكام على هذا النحو لابد راجع إلى تباين أحكام القانون ذاتها تبايناً يستتبع اختلاف مناط الإلزام بها . ولذلك فان استظهار مناط الإلزام بأحكام القانون يتوقف في الحقيقة على التوصل إلى

---

(١) في التفرقة بين التكليف الشرطي والتكليف المطلق ، أنظر رنييه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ١٣ ومابعدها .

تصوير لبنيان القانون يتجاوز فكرة قاعدة السلوك الملزمة فى كليتها وتجريدها — بقدر ما يتجاوز فكرة الحق فى ضيقها وعدم شمولها — ويصل إلى الإمساك بحقيقة ما يقتضيه خطاب القانون فى وقائع العالم وأحداثه ، ومدى تباين مقتضى هذا الخطاب باختلاف هذه الوقائع والأحداث ذاتها واختلاف علاقتها بالإنسان وعلاقتها بعضها بالبعض الآخر (١) . وفى هذا الصدد تطالعنا نظرية الأصول فى الفقه الإسلامى بالتفرقة المعروفة بين الأحكام التكليفية والأحكام الوضعيه ، وباختلاف مناط تعلق الحكم التكليفى بالمخاطب عن مناط تعلق الحكم الوضعى به . فإلى أى حد تصلح هذه التفرقة للتعبير عن حقيقة بنيان القانون ؟ وإلى أى حد تصلح لتحديد وتأصيل مناط الالزام بأحكام القانون ؟ وما هو أثر اجتماع التكليف والوضع على هذا المناط ؟

للإجابة على ذلك يتعين أن نحدد بنيان القانون على أساس من هذه التفرقة ، وأن نحدد مناط الإلزام بأحكام القانون على أساس من هذا البنيان، وأن نحدد أخيراً أثر الارتباط بين التكليف والوضع على هذا المناط .

المطلب الأول : بنيان القانون بين التكليف والوضع .

المطلب الثانى : مناط الإلزام بين التكليف والوضع .

المطلب الثالث : مناط الإلزام واجتماع التكليف والوضع .

المطلب الأول

بنيان القانون بين التكليف والوضع

وضع المشكلة :

٣١ — القانون فى النظر الاسلامى هو خطاب الشارع الذى هو الله سبحانه وتعالى ، والحكم هو ما يقتضيه هذا الخطاب فى أحداث العالم ،

---

(١) أنظر فى ذلك بحثنا عن الجهل بالأحكام المدنية ، سابق الاشارة اليه، ص٣٥ وما بعدها .

أفعالا كانت للعباد أو غيرها (١) ، أو هو «المدلول» القانونى لهذه الأحداث .

وعلى هذا النحو فالقانون فى هذا النظر ليس مجرد نتاج مباشر وتلقائى للحياة فى المجتمع على نحو ما ذهب اليه ديجى(٢) ، وإنما هو «تنزيل من الشارع». حقاً إن الهدف من القانون فى هذا النظر هو مصالح العباد أو الحياة الاجتماعية(٣) على نحو ما يذهب اليه ديجى (٤) . ولكن هذه المصالح لا تستعلن فى صورة قانون ملزم من تلقاء نفسها ، وإنما تشرع من مالك الملك ، اعتباراً لهذه المصالح . وفى هذا الصدد يتفق النظر الإسلامى للقانون مع نظر كلسن اليه ، من حيث كون القانون تنزيل من «أصل» أولى مبدئى ، ولكنه يختلف عنه فى تصور هذا الأصل (٥) . فهو فى النظر الإسلامى الله عز وجل ، وهو لدى كلسن مجرد أصل افتراضى بحت يسند القاعدة الدستورية التى تتسلسل منها بقية قواعد النظام القانونى .

وعلى هذا النحو أيضاً فالخلية الأولى للقانون فى النظر الإسلامى ليست هى القاعدة القانونية بمفهومها الشامل المألوف — الذى يخلط بين عديد من الأحكام — وإنما هى الحكم ذاته كوصف للحدث أو كمدلول قانونى له يعبر عن تفرده (٦) . وهذا الوصف أو المدلول ليس وصفاً أو مدلولا

---

(١) عباس متولى حمادة ، أصول الفقه ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٨ هـ — ١٩٦٨م ، ص ٢٧٥ وما بعدها .

(٢) أنظر ماتقدم ، بند ١٩ .

(٣) الموافقات ، جـ ٢ ، ص ٢ ؛ قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للامام إبى محمد عزالدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى ، ١٣٨٨ هـ — ١٩٦٨م ، جـ١ ؛ جلال العدوى ، القانون والاجتماع الانسانى ، فصلة من مجلة كلية الحقوق ، العددان الثالث والرابع ، السنة الخامسة عشر ، ١٩٧٠ ، ص ١٤٧ .

(٤) أنظر ما تقدم ، بند ١٩ .

(٥) أنظر ماتقدم ، بند ٢٣.

(٦) أنظر بحثنا السابق ، ص ٣٧ وما بعدها .

خارجاً عن القانون ذاته ـ سابقاً عليه ومستقلا عنه ـ (١) وإنما هو مدلول يخلعه القانون على الحدث ، بحيث لا يكون له قيام إلا بقيام القانون . وفى هذا الصدد يلتقى النظر الإسلامى مع النظر الحديث الذى يفرع الآثار القانونية ـ حقوقاً كانت أو التزامات ـ على القانون ذاته ؛ لا على الحرية وسلطان الإرادة كمعطى فطرى للطبيعة الإنسانية .

وعلى هذا النحو أخيراً يمكن القول بأن محور نظرية القانون هو المدلول القانونى للأحداث ، وأن مضمون القانون يرتبط بهذا المدلول .

١ ـ الاحكام كمدلولات للاحداث

التكليف والوضع

٣٢ ـ الحكم بهذا المعنى السابق قد يستظهر من النظر إلى الحدث فى ذاته وقد يستظهر من النظر إليه فى علاقته بغيره مما يسند له(٢) والحدث الذى يكون له معنى أو مدلول قانونى فى ذاته هو فعل الإنسان . فهذا الحدث ـ الذى هو فعل الإنسان ـ يكون محل «تقييم» من الشارع يتمثل فيه ما يقتضيه خطاب القانون . ولكن الحدث بصفة عامة سواء كان فعلا للإنسان أو كان حدثاً آخراً لا يعتبر من الأصل فعلا للإنسان يمكن أن يكون له معنى أو مدلول قانونى مختلف إذا ما نسب إلى غيره من الأحداث ـ السابقة عليه أو اللاحقة له ـ فيكون محل ربط أو جعل من الشارع يتمثل فيه كذلك ما يقتضيه خطاب القانون .

فأما ما يقتضيه خطاب الشارع فى فعل الإنسان ذاته فهو طلب الفعل

---

(١) أقصد أن الحكم حكم شرعى وليس مجرد حكم عقلى ، أو أن الحكم ليس كامن فى طبيعة الأشياء على نحو ما يذهب اليه فقه الحقوق التقليدى من القول بأن حقوق الانسان هينا حقوق طبيعية سابقة فى وجودها على وجود القانون .

(٢) فى هذا المعنى : شرح التلويح على التوضيح ، جـ ١ ، ص ١٢ ، جـ ٢ ، ص ٢٢ وما بعدها .

أو طلب تركه من العبد أو التخيير بين فعله وتركه (١) . لذلك فحكم الفعل أو مدلوله القانونى فى هذا الصدد هو الوجوب أو الحرمة أو الإباحة ، والفعل يكون مأموراً به أو منهياً عنه أو مباحاً . فالوفاء بالعهود واجب ، وأكل أموال الناس بالباطل حرام ، وأسباب الملك من بيع ونحوه مباحه. وإتيان مثل هذا الفعل يرتب ما يوضع له من أثر ، سواء تمثل هذا الأثر فى براءة الذمة فى حالة الوجوب ، أو فى استحقاق «العقاب» فى حالة الحرمة أو فى ترتيب الحقوق والالتزامات التى يناط به ترتيبها فى حالة الإباحة .

وهذه الأحكام تسمى بالأحكام التكليفية . ومن الواضح أن مبعث هذه التسمية هو ما يتضمنه الانصياع للحكم أو الحمل عليه من مشقة فى صورة الوجوب والحرمة . ومن الواضح كذلك أن مثل هذه المشقة لا تتوافر فى صورة الإباحة ، حيث يكون العبد مخيراً بين الفعل وتركه ، وحيث يقتصر مقتضى خطاب الشارع على تخويل العبد رخصة أو حرية — إن شاء استعملها وإن شاء أحجم عن استعمالها — دون أن يكون موضعاً للمؤاخذة فى استعمالها أو عدم استعمالها . ومع ذلك فقد جرى الاصطلاح الغالب على تسمية الحكم فى هذه الحالة كذلك بالحكم التكليفى ، من باب تغليب بعض أقسام الحكم فى هذا النظر — النظر إلى فعل الإنسان فى ذاته — على البعض(٢)

---

(١) أنظر فى هذا الصدد : الشيخ محمد الخضرى ، أصول الفقه ، ١٣٥٢ هـ ١٩٣٣ م ، ص ٣٩ وما بعدها ؛ عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامى ، ١٣٦١ هـ - ١٩٤٢ ، ص ٧٤ ؛ بدران أبوالعنين بدران ، أصول الفقه ، ١٩٦٩م ، ص ٣٦٣ وما بعدها ؛ محمد أبوزهرة، أصول الفقه ، ص ٢٨ وما بعدها .

ويلاحظ أن بحث ما يقتضيه خطاب القانون فى فعل الانسان قد بدأ يشغل الفقه الحديث . أنظر فى هذا الصدد قائمة متكاملة بالمراكز القانونية الفردية وفصائلها فى المؤلف الرائع للأستاذ رنييه كابيتان سابق الاشارة إليه ، ص ٢٠١ ومابعدها . وأنظر كذلك : روبييه الحقوق والمراكز القانونية ، المرجع السابق .

(٢) الفروق للقرافى ، جـ ١ طبعة ١٣٤٤ هـ ، ص ١٦١ ، تهذيب الفروق ، جـ ١ ، ص ١٧٦ ، ١٧٧ .

أو باعتبار أن حكم الإباحة لا يتعلق إلا بالأفعال الصادرة من المكلف مثله فى ذلك مثل الوجوب والحرمة (١) .

ومن ثم فالجوهرى فى الحكم التكليفى هو أنه حكم ينصب على سلوك الإنسان من حيث مشروعيته – سلباً وإيجابا – وبصرف النظر عما إذا كان مأموراً به أو منهياً عنه أو كان مباحاً . فالفعل بالصفة التى يخلعها عليه القانون من حيث المشروعية – صفة الوجوب أو الحرمة أو الإباحة – يرتب أثراً قانونياً معيناً . وترتب هذا الأثر يدور وجوداً وعدماً مع توافر هذه الصفة أو عدم توافرها فيه .

ومن الواضح أن هذا التقسيم الثلاثى للحكم التكليفى يتفق تماماً مع مذهب كلسن فى هذا الصدد (٢) . ولذلك فالسلوك الإنسانى فى كليته يعتبر وفقاً للنظر الاسلامى محلا للقانون وتنظيمه ، حتى ولو لم يكن مأموراً به أو منهياً عنه ، باعتبار الاباحة ذاتها قسما من أقسام الحكم التكليفى . ومن هنا يمكن القول باستحالة وجود فراغ قانونى فيما يتعلق بأحكام التكليف . فكل فعل له حكمه القانونى بالضرورة . وهذا الحكم يكون هو الإباحة كلما انعدم الأمر به أو النهى عنه فى القانون (٣) .

٣٣ – وأما ما يقتضيه خطاب الشارع فى الحدث من حيث نسبته لغيره من الأحداث فهو سببيته أو اشتراطه له أو منعه منه . لذلك فحكم الحدث فى هذه الحالة – أو مدلوله القانونى – يكون هو السببية أو الشرطية أو المانعية ، والحدث يكون سبباً أو شرطاً أو مانعاً . فالقرابة مثلا سبب

---

(١) تهذيب الفروق ، جـ ١ ، ص ١٧٦ ، ١٧٧ . وقرب : هانز كلسن ، المرجع السابق ص٦ ومابعدها ، حيث يشير إلى أن فكرة القاعدة تعبر عن فكرة الوجوب وأن الوجوب فى هذا الصدد يحمل معنى أعم من معناه فى اللغة الدارجة ، تأسيساً على أن القاعدة قاعدة السلوك الواجب أيا ما كان مدلول هذا السلوك وفقاً لها ، وسواء كان هذا السلوك مأموراً به أو منهيا عنه أو كان مباحاً . (وأنظر كذلك ص ٢٠ وما بعدها من هذا المؤلف) .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٢٤ .

(٣) فى هذا المعنى ، أنظر : كلسن ، المرجع السابق ، ص ٣٢٩ ومابعدها .

للميراث ، وموت المورث وحياة الوارث شرطان له ، وقتل الوارث المورث مانع منه .

ويسمى الحكم فى هذه الحالة بالحكم الوضعى تعبيراً عن علاقة اللزوم بين الحدث وبين ما يسند اليه من أحداث . فقيام السبب يلزم منه قيام المسبب ، وقيام الشرط لازم لقيام المشروط ، وقيام المانع لازم لانتقاء الممنوع .

ويتضح من ذلك أن الحكم فى هذا النظر الأخير لا يعدو أن يكون المدلول القانونى لعلاقة الآثار القانونية بموثراتها وعلاقتها بالمخاطب بالقانون. فخطاب الوضع هو الذى يرتب ما نسميه بالآثار القانونية على موثراتها ، وهو الذى يقرر نسبة هذه الآثار إلى الإنسان. فاذا ما اقتصرنا على الحقوق والالتزامات مثلا بدت لنا فى هذه النظر كآثار قانونية لموثرات — هى موثرات قانونية كذلك — أو بعبارة أخرى كمسببات تقوم على أسبابها إذا ما توافرت شروطها وانتفت موانعها ، وبدت لنا نسبة هذه الحقوق والالتزامات لإنسان معين كنتيجة لاتصال موثراتها — من أسباب وشروط وموانع — بهذا الإنسان . وعلى هذا النحو يبدو بوضوح أن ترتب الآثار القانونية إنما يتم إعمالا لنوع من أحكام القانون مستقل ومتميز عن أحكام السلوك . وبذلك يمكن القول بازدواج الأحكام التى يبنى منها النظام القانونى ازدواجاً يمكن أن يسمح بتفسير تباين مناط الإلزام بهذه الأحكام .

ويتضح من ذلك أيضاً أن خطاب الوضع يقتضى جعل موثر معين سبباً لأثر معين كلما كان وجود الأثر يتوقف على وجود الموثر وكان وجود الموثر مرتباً لوجود الأثر ، ويقتضى جعل الموثر شرطاً الأثر كلما كان تحقق الأثر يتوقف على وجود الموثر وكان وجود الموثر لا يرتب وحده وبالضرورة هذا الأثر (١) ، ويقتضى جعل الموثر مانعاً من الأثر

(١) أنظر فى بيان الفرق بين السبب والشرط : الفروق ، جـ ١ ، ص ١٠٩ ، تهذيب الفروق جـ ١ ص ١١٩ ؛ قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، جـ ٢ ، ص ١٠٥ وما بعدها .

المذكور كلما كان تخلف هذا المؤثر لازماً لقيام هذا الأثر وكان تخلفه لا يرتب وحده وبالضرورة ذلك الأثر (١) . وبعبارة أخرى فالسببية تفترض علاقة لزوم مزدوجة ، بينما الشرطية والمانعية تفترضان علاقة لزوم منفردة – إيجابية أو سلبية – إذا صح التعبير . وعلى هذا النحو فأقسام الحكم الوضعى (٢) تقدم دراسة استقصائية تحليلية شاملة للجانب «الوضعى أو الجعلى» فى القانون ، ذلك الجانب الذى يبدو فى أفق الفقه الحديث دون أن يتوصل هذا الفقه إلى فصله عن الجانب السلوكى ، فيقف عند النظر إليه كمجرد «فرض» للتكليف أو شرط القياده (٣) .

ويتضح من ذلك أخيراً أن خطاب الوضع لا يقتصر على مواجهة سلوك الإنسان – أو الحدث الذى هو فعل له – وحده ، وإنما يواجه كل ما فى العالم من أحداث يمكن أن يكون لها مدلول قانونى ، خلافاً لخطاب التكليف . ومن ثم فالأحداث التى لا تمثل سلوكاً للإنسان (٤) تجد مكانها الطبيعى فى النظرية القانونية الإسلامية ، من خلال فكرة الحكم الوضعى ، سواء كانت هذه الأحداث مؤثرات أو كانت آثاراً . وفى ذلك تتميز النظرية القانونية الإسلامية عن النظرية القانونية المعاصرة ؛ التى تواجه القانون من خلال فكرة السلوك وحدها ، مغفلة فكرة الجعل ، فلا تصل إلى بيان موضع هذه الأحداث – التى لا تعتبر فعلا للإنسان – من النظام القانونى ، ولا تتمكن بذلك من توصيفها أو الإمساك بمداولها القانونى . وبذلك أيضاً توضح لنا النظرية القانونية الإسلامية – من خلال تحليلها للبنيان القانونى ذاته – كيف يمكن أن ينبع الأثر القانونى – أو المركز القانونى – تارة من أحداث

---

(١) الفروق ، جـ١ ص ١٠٩ ، تهذيب الفروق ، جـ ١ ، ص ١٢١ .

(٢) أنظر فى تفصيل أقسام الحكم الوصفى : الشيخ محمد الخضرى ، المرجع السابق ، ص ٦٩ وما بعدها ؛ محمد أبوزهرة ، المرجع السابق ، ص ٥٥ وما بعدها ؛ بدران أبوالعينين بدران ، أصول الفقه ، ١٩٦٩ ، ص ٣٩٣ وما بعدها .

(٣) أنظر ماتقدم ، بند ٢٩ .

(٤) ويعبر عنها فقهاء الأصول بالأفعال غير المقدورة للانسان .

هى أفعال للإنسان الذى تنسب إليه أو لإنسان غيره ، وتارة أخرى من أحداث لا تعتبر من الأصل أفعالا للإنسان .

اجتماع التكليف والوضع :

٣٤ – وإذا كان ما يقتضيه خطاب الشارع على النحو المتقدم هو إما التكليف وإما الوضع ، وكان هذا هو مضمون ونطاق كل من الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية ، فإن مقتضى ذلك أن الحدث الذى هو فعل للإنسان – خلافاً للحدث الذى لا يكون فعلا له – يكون محلا لحكم تكليفى – وجوباً كان أو تحريماً أو إباحة – كما يكون فى ذات الوقت محلا لحكم أو أكثر من الأحكام الوضعية ، فيكون سبباً لأثر معين وشرطاً لآخر ومانعاً من ثالث ، وهكذا . فالسرقة محل لحكم تكليفى هو التحريم، ولحكم وضعى هو سببية الحد ، ولحكم وضعى آخر هو سببية الضمان (١) . غير أن الوضع قد ينظر فيه إلى الفعل من حيث هو محل للتكليف وقد ينظر فيه إلى هذا الفعل من حيث ما يتركه من أثر مادى . فسببية السرقة للحد ينظر فيها إلى كون السرقة محرمة ، وسببية السرقة للضمان ينظر فيها إلى ما يتركه فعل السرقة من أثر مادى فى ذمة صاحب المال المسروق بصرف النظر عن كونها محلا لتكليف هو التحريم . ولذلك فارتفاع التكليف عن الفعل لانتفاء سبب التكليف أو شرطه أو لوجود مانع منه يرفع بالضرورة الوضع المترتب على هذا التكليف ولا يرفع الوضع المنظور فيه إلى الأثر المادى لهذا الفعل ، لأن ارتفاع التكليف على هذا النحو لا يعنى ارتفاع السببية أو الشرطية أو توافر المانعية فى هذا الوضع الأخير . فاذا ارتفع تحريم السرقة على العبد لظرف أو لآخر فان ارتفاع التحريم يرفع بالضرورة حد السرقة عن السارق ولا يرفع الضمان عنه .

٢ – الأحكام ومضمون القانون

٣٥ – إذا كانت أحكام القانون بعضها تكليفى وبعضها الآخر وضعى

---

(١) تهذيب الفروق ، جـ ١ ، ص ١٧٩ ؛ الشيخ محمد الخضرى ، أصول الفقه ، المرجع السابق ، ص ٧٠ وما بعدها .

على هذا النحو السابق ، فإن معنى ذلك أن مضمون القاعدة القانونية لا يكون هو مجرد تمرير الحقوق أو غيرها من الآثار القانونية ولا يكون هو مجرد التكليف بالسلوك ، وإنما يكون كلا الأمرين معاً . فالقاعدة القانونية تتضمن التكليف بسلوك معين وترتب آثاراً قانونية فى آن واحد . وكل من التكليف والأثر القانونى يختلف أحدهما عن الآخر تمام الاختلاف. فالتكليف هو حكم لسلوك الإنسان من حيث هو مأمور به أو منهى عنه أو مباح . والوضع هو حكم لعلاقة كل مؤثر قانونى بأثره ، سواء كان المؤثر أو الأثر سلوكاً للإنسان أو كان حدثاً آخراً لا يعتبر من الأصل سلوكاً للإنسان أو فعلا له .

ومضمون القانون — مفهوماً على هذا النحو المزدوج يعطى تفسيراً علمياً ودقيقاً لاختلاف الفقه فيما إذا كان خطاب القانون هو خطاب بأمر أو نهى مطلق ،أومجرد خطاب بأمر أو نهى شرطى . فقد رأينا من قبل أن كلا من النظرين يعبر عن جانب من الحقيقة وأن القانون يبدو كتكليف مطلق ويبدو فى ذات الوقت مرتبطاً بفرض أو شرط معين (١) . ومن الواضح أن تحليل خطاب القانون إلى أحكام تكليفية وأحكام وضعية إنما يفسر هذه الحقيقة .

فالأحكام التكليفية تبدو — من بعد الفصل بينها وبين الأحكام الوضعية وتميزها عنها — متضمنه بالضرورة تكليفاً مطلقاً لاخيار للمخاطب بين تحمل مشقة الانصياع له وبين تحمل أثار عدم الانصياع (٢) . ذلك أن هذه الآثار تبدو فى الحقيقة كنتيجة لعدم الانصياع للتكليف وليست كأحد طرفى خيار مطروح على الإنسان . وبعبارة أخرى فتحمل مشقة التكليف وتحمل أثر عدم الانصياع له لا يقفان على قدم المساواة ، وإنما يترتب آخرهما على النكول عن الأول .

---

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٢٩

(٢) فى الأسس التى يقال بها لتفسير اطلاق التكليف ،أنظر : رنييه كابيتان ،المرجع السابق، ص ١٧ وما بعدها ، ص ٩٧ — ١١١

والأحكام الوضعية على العكس من ذلك – ومتى تم فصلها عن الأحكام التكليفية – لا تتضمن بذاتها تكليفاً من الأصل ، حتى يثور التساؤل عما إذا كان التكليف فيها فرضياً أو شرطياً . فهي تعبر عن مجرد علاقة موضوعية بحتة بين وجود الحدث وبين أثر قانوني معين . وهذا الحدث ليس بالضرورة سلوكاً للإنسان ، وإنما يكون سلوكاً انسانياً أو أى حدث آخر من أحداث العالم . فاذا ما كان هذا الحدث فعلا الإنسان ، فإن علاقته بأثره تكون علاقة موضوعية ، تقوم على وجوده على مقتضى التكليف أو على خلاف مقتضاه. وبعبارة أخرى فهي علاقة وضعية بحتة لا أثر للتكليف فيها .

٣٦ – واجتماع وجه التكليف مع وجه الفرض فى فعل الإنسان فى آن واحد ، يفسره أن وقوع التكليف يفترض مقدماً وقوع الوضع الذى يتوافر به سببه وشرطه وتنتفى به موانعه ، كما يقتضى من بعد – كأثر لوقوعه – وقوع وضع آخر جديد يتمثل فيه ما يترتب على تحقق الفعل محل التكليف أو عدم تحققه من آثار . ونقطة الخطأ لدى كل من القائلين بأن التكليف القانونى تكليف مطلق والقائلين بأنه تكليف شرطى ، إنما تكمن فى افتراض وحدة تكوين القاعدة القانونية ، ثم النظر اليها من زاوية أو أخرى من زواياها دون محاولة تحليل هذا التكوين والتثبت أولا من وحدته أو ازدواجه. فالكل لا يرى فى القاعدة القانونية سوى تكليف : أمراً كان أو نهياً ، ولكن البعض ينظر إلى هذا التكليف فى ذاته فينتهى إلى أن القاعدة القانونية تضع تكليفاً مطلقاً ، والبعض الآخر ينظر إلى هذا التكليف لا فى ذاته وإنما فى علاقته بسببه أو شروطه أو موانعه ، أو فى علاقته بالأثر الذى يترتب على تحمل أو عدم تحمل مشقته ، فينتهى إلى أن القاعدة القانونية تضع تكليفاً شرطياً .

والحقيقة أن تحليل القاعدة القانونية يكشف عن ازدواج تكوينها . فهى تارة تتضمن حكماً تكليفياً وتارة أخرى تتضمن حكماً وضعياً . والحكم التكليفي والحكم الوضعي يمكن اجتماعهما فى الحدث الذى هو فعل الإنسان ولا يجتمعان فى الحدث الذى لا يكون فعلا للإنسان . والتكليف بطبيعته

تكليف مطلق وإلا ما كان تكليفاً. أما الوضع فلا يتضمن تكليفاً من الأصل. ووقوع التكليف ذاته ليس إلا أثراً لوقوع أحكام أخرى وضعية هى بطبيعتها أحكام فرضية. وتحمل مشقة التكليف أو عدم تحملها — من بعد قيام التكليف فى حق المكلف — يستتبع وقوع أحكام أخرى وضعية تقيم أثاره، هى بطبيعتها أحكام فرضية هى الأخرى.

٣٧ — ومن هنا فإن معنى إلزام القانون — أو القوة الملزمة له — يختلف باختلاف أحكامه. فالقوة الملزمة للقانون تعنى بالنسبة للأحكام التكليفية وجوب محاذاة المكلف سلوكه على مقتضاها أو تحمل ما تحمله الانصياع لها من مشقة. وهذه القوة الملزمة تعنى بالنسبة للأحكام الوضعية أمراً آخر هو ترتب الأثر القانونى ترتباً تلقائياً على توافر سببه، متى توافرت شروطه وانتفت موانعه. وبعبارة أخرى فالقوة الملزمة للقانون تعنى فى الأحكام التكليفية «الإلزام» بالنسبة للمكلف، وتعنى فى الأحكام الوضعية لا الإلزام على هذا النحو وإنما «اللزوم» بالنسبة للأثر القانونى.

ويتضح ذلك بجلاء من أن الحكم التكليفى يتضمن تكليفاً للإنسان لا خيار له بين اتباعه وبين تحمل أثر عدم اتباعه، وأن الحكم الوضعى جعل أو وضع من الشارع. حقاً إن الإنسان محل لكل من الحكمين. ولكن الإنسان فى الحكم الأول يكون محلا لتكليف، وفى الحكم الآخر يكون محلا لمجرد أثر قانونى.

المطلب الثانى

مناط الالزام بين التكليف والوضع

٣٨ — إذا كان بنيان القانون ينحل على النحو السابق إلى تكليف ووضع وكان مدلول كل منهما يختلف عن مدلول الآخر، فلابد بالضرورة أن يختلف مناط الإلزام بأحدهما عن مناط الإلزام بالآخر. ففى التكليف يتوجه القانون إلى الإنسان بأمر أو نهى أو إباحة متعلق بسلوكه. وفى الوضع

يتوجه القانون إلى الإنسان بأثر قانونى – حقاً كان أو التزاماً – وسواء كان هذا الأثر متعلقاً بسلوكه أو لم يكن متعلقاً به .

١ – مناط التكليف

مناط التكليف وأقسام الحكم التكليفى :

٣٩ – من الواضح مما سبق أن محل الحكم التكليفى هو سلوك الإنسان ذاته ، وأن هذا الحكم لا يتولى تسجيل واقع هذا السلوك وإنما يتولى تقييمه ويهدف إلى تقويمه (١) . فأما التقييم فيتم وفقاً للمصالح المعتبرة من الشارع عامة كانت هذه المصالح أو خاصة – والتى يقتضى اعتبارها إتيان هذا السلوك أو منعه أو يستوى فى شأنه الإتيان والمنع . وأما التقويم فيتم بالحمل على السلوك الذى يقتضى اعتبار المصالح المذكورة إيجابه ، والحمل على ترك السلوك الذى يقتضى اعتبارها تحريمه ، والتخيير فيما يتعلق بالسلوك الذى يستوى فى شأن اعتبارها إتيانه أو تركه . وفى كل ذلك يتفق الحكم التكليفى مع ما يذهب اليه الفقه من النظر إلى القانون كمجموعة من قواعد السلوك ، ويختلف عن قوانين الطبيعة التى لا تعدو أن تكون تعبيراً عن الواقع الحسى من ارتباط حدث بحدث آخر ، وترتبه عليه أو تسببه فيه (٢) .

والحكم التكليفى يتضمن كما قدمنا كلا من الوجوب والحرمة والإباحة . وإذا كانت هذه الأحكام جميعاً تشترك فى أنها لا تتعلق إلا بفعل العبد وفى كون كل منها يشرع لمصلحة ، فإن المصلحة التى يشرع من أجلها الوجوب والحرمة تختلف عن المصلحة التى تشرع من أجلها الإباحة اختلافاً

---

(١) قرب قول كلسن (المرجع السابق ، ص ٢٣) : « فالقاعدة .... التى تقرر أن سلوكا ما واجب تضع قيمة إيجابية وأخرى سلبية . فالسلوك الموافق للقاعدة تكون له قيمة إيجابية ، والسلوك المخالف لها تكون له قيمة سلبية . والقاعدة .... تؤدى دور أداة قياس قيمة السلوك الحادث بالفعل » .

(٢) حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ٢٠ وما بعدها . وأنظر كذلك رينيه كابيتان المرجع السابق ، ص ١ وما بعدها .

يؤثر فى مناط الإلزام بهذه الأخيرة ويميزه عن مناط الوجوب والحرمة. فالمصلحة التى يشرع من أجلها الوجوب والحرمة مصلحة عامة يتولى الشارع بنفسه تقديرها وترتيب طلب الفعل أو طلب تركه بناء على هذا التقدير. أما المصلحة التى تشرع من أجلها الإباحة فهى مصلحة خاصة يراعى فيها حظ المكلف (١)، ويترك له أمر تقديرها.

٤٠ — فأما الوجوب والحرمة، فهى تتضمن وصفاً للفعل وحملا على إتيانه أو تركه. ومن ثم فهى تفترض فى المكلف بالضرورة القدرة على فهم خطاب الشارع والحرية فى اختيار أفعاله وتوجيه سلوكه، حتى يتصور من بعد أن يعى الوصف وأن يمتثل لما يقتضيه من طاعة (٢). وفى هذا المجال يصدق تماماً ما يذهب اليه دنجى من أن إحدى الحقائق التى يقوم عليها القانون هى طبيعة الإنسان الواعية، ومن أن «الكائن الوحيد على ظهر البسيطة الذى يمكن أن تخاطبه قواعد القانون هو الإنسان الفرد المتمتع بإرادة واعية» وأن قواعد القانون «لا يمكن أن تطبق إلا على إرادات واعية» (٣). وفى هذا المجال يصدق كذلك قول كانت (٤) — باعث الأسس الفلسفية للنظرية القانونية الحديثة — «ليس الواجب ممكناً إلا بالحرية ووجوده يدل على وجودها. وهما معنيان متضايفان. فإنه إذا كان على الإنسان واجب كانت له القدرة على أدائه، وكان فيه إلى جانب العلية الظاهرة علية معقولة مفارقة للزمان، تضع القانون وتفرضه على نفسها. فالحرية خاصة الموجودات العاقلة بالإجمال، فإن هذه الموجودات لا تعمل إلا مع فكرة الحرية، وهى إذن من الوجهة الخلقية حرة حقاً»، وقوله،

(١) الموافقات للشاطبى، جـ ١، ص ٩٧

(٢) الشيخ محمد الخضرى، المرجع السابق، ص ١١٠ وما بعدها. وأنظر مع ذلك التفرقة بين شرط الفهم وشرط الأهلية فى المكلف: عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص ١٧٣ وما بعدها. وقرب رينيه كابيتان، المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها.

(٣) ديجى، المرجع السابق، ص ٣١٩، أنظر ما سبق بند ٢٠

(٤) عن الدكتور رؤوف عبيد، فى التسيير والتخيير، ١٩٧١، ص ١١٦ وما بعدها

«القانون يبرهن على الحرية ، والحرية تفسر القانون . وفكرة العالم المعقول واسطة التركيب بين الإرادة المنفعلة بالميول وبين الإرادة المشرعة الكابتة».

ولما كانت القدرة على الفهم والحرية فى الاختيار مناطهما التمييز ، فإن الحكم التكليفى – بما يعنيه من وصف للفعل ومن حمل على اتيانه أو تركه – لا يمكن أن يتوجه إلى غير المميز من صغير أو مجنون ، لسبب بسيط هو أن هذا وذاك غير قادر على فهم خطاب الشارع واستخلاص ما يخلعه على الفعل من وصف وما يعنيه الوصف من تكليف ، وغير قادر من بعد على محاذاة سلوكه على مقتضى الوصف أو التزام ما يقيمه من واجب (١) .

وبعبارة أخرى فالحكم التكليفى يرتفع بطبيعته عن غير المميز العاقل من صغير أو مجنون ، فلا يكون الفعل محل التكليف واجباً أو محرماً عليه ، ولا يكون إتيان هذا الفعل أو الامتناع عنه من جانبه طاعة لتكليف الشارع أو معصية له منشئاً لما يرتبه القانون من آثار على تحمل التكاليف أو النكول عن تحمله(٢) .

٤١ – وأما عن الإباحة ، فهى تتضمن وصفاً للفعل ، ولكنها لا تتضمن حملا عليه أو على تركه خلافاً للوجوب والحرمة . وهى لذلك قد تبدو لأول وهلة فى غير حاجة لتوافر التمييز حتى تتعلق بفعل العبد ، طالما كان اتيان الفعل أو تركه على حد سواء فى نظر الشارع .

ولكن الواقع أن المباح نوعان: مباح لا يغير اتيانه من المركز القانونى لمن يأتيه ولا ينشىء مركزاً قانونياً جديداً بالنسبة له ، كالنوم والأكل والشرب ، ومباح يغير اتيانه من المركز القانونى لمن يأتيه وينشىء مركزاً قانونياً جديداً بالنسبة له ، كالتصرفات القانونية(٣). ولا شك أن النوع الأول لا يتوقف تعلق الإباحة به على توافر التمييز ، طالما كان اتيانه والامتناع عنه لا يرتب

---

(١) الموافقات للشاطبى ، جـ ١ ، ص ٩٧ وما بعدها ؛ الفروق ، جـ ١ ، ص ١٦١ ، تهذيب الفروق ، جـ ١ ، ص ١٧٦ .

(٢) وليس معنى ذلك أن غير المميز يكون خارج منطقة القانون . ذلك أن غير المميز تترتب فى جانبه الآثار القانونية التى لا ترتبط بتقييم سلوكه. أنظر مايلى ، بند ٤٤ وما بعده .

(٣) رنييه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ وما بعدها .

أثراً قانونياً . أما النوع الآخر فأمره يختلف . فالإباحة فى هذا النوع الآخر تتعدى شرعية الفعل المباح إلى ترتيب أثره . ومن هنا وجب أن تقترن الإباحة بالقدرة على إدراك هذا الأثر ، ومن ثم توافر درجة العقل اللازمة للتمييز . ولذلك لزم لتعلق هذا النوع من الإباحة بفعل المكلف — تعلقاً يربط الفعل بآثاره القانونية — أن يكون الفعل صادراً من متمتع بالتمييز ، فيستوى بذلك بالواجب والمحرم .

بل إن القدرة العقلية اللازمة لهذا النوع من الإباحة تتجاوز القدرة اللازمة للتمييز . ذلك أن هذه الأحكام جميعاً إنما تشرع — كما قدمنا — لصالح العباد (١) ، وأن الفارق بين كل من الوجوب والحرمة من ناحية والإباحة من ناحية أخرى ، إنما يكمن فى نوعية المصلحة التى يشرع من أجلها كل من النوعين من الأحكام . فالمصلحة التى يشرع من أجلها الوجوب أو الحرمة هى مصلحة عامة يقدرها الشارع ويربط بها الحكم . والمصلحة التى تشرع من أجلها الإباحة هى مجرد مصلحة خاصة يراعى فيها حظ المكلف فيترك له تقديرها دون إلزام عليه فى ذلك (٢) .

ومن الواضح أنه إذا كان الحمل على الفعل أو على الترك يفترض درجة العقل الكافية للتمييز كما قدمنا ، فإن التقدير يفترض توافر درجة أعلى من القدرة العقلية تكفى للتمكين من حسن التقدير . فالشارع فى صورة الإباحة لا يرى فى إتيان الفعل أو فى الامتناع عنه مصلحة مطلقة ، وإنما يجد أن توافر المصلحة فى هذا أو ذاك يتوقف على ظروف كل مكلف على حدة ومن ثم يترك له أمر تبين ارتباط مصلحته باتيان الفعل أو بالامتناع عنه ويجعل اتيان الفعل والامتناع عنه بعد ذلك مشروعاً على حد سواء . ولكن

---

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٣١ .

(٢) فى معنى الحسن والقبيح والخلاف فى اتصاف الفعل بهماعقلا وعلاقة ذلك بالأحكام، أنظر : الشيخ محمد الخضرى ، المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها؛ محمد أبوزهرة، المرجع السابق ، ص ٧٠ وما بعدها . وأنظر كذلك : قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، المرجع السابق ، ص ٥ وما بعدها .

الشارع يقرن مثل هذا الخيار بتوافر القدرة على استعماله ، تلك القدرة التى مناطها الرشد وليس مجرد التمييز .

وترتيباً على ذلك فالتصرفات القانونية التى تدخل فى منطقة الإباحة لا يتعلق بها حكم الإباحة – بما يرتبه من آثار أو مراكز قانونية – إلا إذا كانت صادرة من مميز . بل إنه لا يكفى لذلك توافر التمييز وإنما يلزم له كذلك توافر الرشد على نحو ماسوف نراه(١). ومن ثم فالتصرفات الصادرة من صبي مميز أو من محجور للسفة أو الغفلة لا تتعلق بها آثار إباحة التصرف – من ترتب الحقوق والالتزامات عليها – بمجرد صدورها عن صاحبها ، وإنما تكون موقوفة على إجازة النائب القانونى (٢) .

٤٢ – وإذا كان الحكم التكليفى – بأقسامه المختلفة – يفترض توافر التمييز فى المخاطب به على هذا النحو ، فإنه لا يمكن أن يعترض على ذلك بما يعترض به على أنصار فكرة قاعدة السلوك من ثبوت الحقوق والالتزامات وغيرها من الآثار القانونية فى حق عديم التمييز . ومن ثم من ثبوت الشخصية له. فمن ناحية أولى ، ففكرة التكليف وفكرة الحكم التكليفى ، لا تستنفذان مضمون القاعدة القانونية ، ولا تعبران عن مدلول القوة المنشئة للأثر القانونى. ذلك أنه بجانب ذلك توجد فكرة الوضع وفكرة الحكم الوضعى ، اللتان تحتلان جانباً من مضمون القاعدة القانونية وتتمثل فيهما القوة المذكورة . ومن ناحية أخرى ففكرة الصلاحية للتكليف لا تعبر عن فكرة الشخصية وإنما تعبر عن فكرة أخرى هى فكرة أهلية التكليف . ذلك أن الشخصية هى كما رأينا مجرد الصلاحية لثبوت الآثار القانونية ، وأن هذه الصلاحية – كما سوف نراه (٣) – شيء وأهلية التكليف شيء آخر .

---

(١) أنظر ما يلى ، بند ٧٨ ومابعده .

(٢) راجع فى هذا الصدد: عبد الرازق حسن فرج ، نظرية العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى ، دراسة مقارنة بالقانون المدنى ، ١٩٦٩ ، خاصة ص ٩٤ وما بعدها .

(٣) أنظر مايلى ، بند ٤٥ .

تخلف مناط التكليف وترابط أحكام القانون :

٤٣ — وإذا كانت فكرة التكليف — بما تفترضه من تقييم للسلوك وما تعنيه من طلب القيام به أو الامتناع عنه أو التخيير بين الأمرين — تفترض أن تعلق الأحكام التكليفية بأفعال العباد لا ينصرف إلا إلى المميزين أو الراشدين منهم دون عديمي التميز أو غير الراشدين ، فإنه يصح التساؤل عن موضع كل من التميز والرشد وعوارض أى منها من قيام التكليف .

والواقع أن هذا الموضع لا يمكن البصر به إلا فى ضوء الترابط بين أحكام القانون على نحو ما سوف نراه (١) . فالتكليف حتى يتعلق بفعل العبد لابد أن يتوافر سببه وشروطه ثم هو من بعد ذلك لا يتعلق بفعل العبد إذا وجد مانع من ذلك . فاذا تخلف السبب أو تخلف شرط من الشروط امتنع قيام التكليف فى حق العبد . وإذا وجد هذا وذاك ووجد معهما المانع امتنع كذلك وقوع التكليف فى حق العبد (٢) .

فأما عن التميز والرشد فيمكن أن تتنازعهما كل من فكرة السبب وفكرة الشرط . وقد سبق أن رأينا أن ما يربط به الشارع الحكم يكون سبباً إذا كان يلزم من وجوده وجود الحكم ويلزم من عدمه عدمه ، ويكون شرطاً إذا كان يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجوده (٣). ومن الواضح أن التميز أو الرشد لا يلزم من وجوده بالضرورة وجود الحكم وإن كان يلزم من انعدامه انعدامه . وعلى هذا النحو يمكن القول بأن التميز أو كمال العقل لا يعتبر سبب التكليف وإنما يعتبر مجرد شرط لوجوده .

والواقع أن سبب التكليف — طالما كان يلزم من وجوده وجود التكليف — فإنه لا يمكن البحث عنه فى ظرف خاص بالمكلف كظرف التميز أو ظرف

---

(١) أنظر ما يلى ، بند ٤٨ وما بعده .

(٢) يثار مثل هذا البحث عادة فى القانون الجنائى بصدد أسباب الاباحة ، وبصدد ما يعرف بالعنصر المعنوى فى الجريمة . أنظر فى النظريات المختلفة فى هذا الصدد : دى لوجو ، المرجع السابق ، الفصل الرابع ، ص ٧٦ ومابعدها .

(٣) أنظر ماسبق ، بند ٣٣ .

الرشد ، وإنما يجب البحث عنه في الظرف أو الظروف الموضوعية التي يناط بها قيام التكليف في حق الكافة والتي تختلف باختلاف الفعل والمصلحة التي يرتبط بها وجه التكليف فيه لا باختلاف المكلف ذاته .

وعلى هذا النحو فإذا توافرت الظروف الموضوعية التي يناط بها حكم التكليف وكان العبد مميزاً أو راشداً قام التكليف في حقه لتوافر كل من سببه وشرطه . وإذا توافرت هذه الظروف ولكن تخلف التمييز أو الرشد قام سبب الحكم وتخلف شرط وقوعه في حق العبد .

وأما عن عوارض التمييز أو الرشد — التي تتوافر من بعد توافر أي منهما — فمن الواضح أن توافرها معناه وجود مانع من تعلق التكليف بالعبد بالرغم من توافر سببه وتوافر شروطه . لذلك فالاعتذار بالجنون أو العتة أو الاعتذار بالسفة أو الغفلة ، معناه الاعتذار بوجود مانع يحول دون تعلق التكليف بفعل العبد الذي يحتج بعارض من هذه العوارض .

٢ — مناط الوضع

الوضع لا يستند الى تقييم السلوك :

٤٤ — الحكم الوضعي كما قدمنا هو مجرد ربط من الشارع — أو علاقة منطقية — بين مؤثر معين وأثر قانوني ، سواء تمثل هذا الربط — أو هذه العلاقة — في جعل المؤثر المذكور سبباً لهذا الأثر أو شرطاً له أو مانعاً منه . ولذلك فالحكم الوضعي لا يعدو أن يكون حكماً منطقياً شرعياً يقتصر على تقرير الواقع القانوني — من اتصال الآثار بمؤثراتها — دون أن يتضمن أو يبتغي تقويمه .

والحكم الوضعي على هذا النحو لا يفترض طلباً من الإنسان لسلوك معين أو للانتهاء عنه كما لا يفترض التخيير بين هذا وذاك ، وإنما يقتصر على ترتيب قيام الأثر المسبب على قيام المؤثر الذي جعل سبباً له أو قيام الأثر المشروط على قيام المؤثر الذي جعل شرطاً له ، أو ترتيب نفي

الأثر الممنوع على قيام المؤثر الذي جعل مانعاً منه، وبصرف النظر عن القيمة التي يحملها هذا المؤثر فيما لو كان سلوكاً معيناً للإنسان. ولذلك فإذا ما كان المؤثر – الذي هو سبب أو شرط أو مانع – فعلا للإنسان فإن الحكم الوضعي المتعلق بهذا الفعل لا يحمل تكليفاً إلا لمن أراد تحقيق الأثر الذي يتمثل فيه المسبب أو المشروط – أو لمن أراد تفادي الأثر الذي يتمثل فيه الممنوع. بل ويلاحظ فى هذا الصدد أن الحكم الوضعى لا يحمل تكليفاً – حتى بهذا المعنى – إلا إذا كان المؤثر المذكور فعلا لمن أراد تحقيق الأثر ذاته، لا فعلا لغيره. وفى كل ذلك يتفق الحكم الوضعى مع أحكام قوانين الطبيعة أو القوانين العلمية التى تتولى مجرد تسجيل الواقع من ارتباط النتائج بمجموع الظروف التى ترتبط بها بعلاقة لزوم، إيجابية كانت أو سلبية، ويختلف عما يذهب اليه الفقه (١) من التباين التام بين قواعد القانون وبين مثل هذه القوانين المذكورة.

وقد بصر كلسن بهذه الحقيقة السابقة فأشار إلى أن قواعد القانون وقوانين الطبيعة يعبر كل منها عن رباط بين أمرين. غير أنه لم يذهب فى منطقه هذا إلى نهايته، فعاد إلى القول بأن هذا الرباط يكون فى القاعدة القانونية رباط «وجوب» بينما يكون فى قوانين الطبيعة رباط «كينونة». ومن هنا فقد انتهى إلى أن تحقق المؤثر – فى علم القانون يوجب الأثر ولا يوجده، بينما هو فى قوانين الطبيعة يوجد هذا الأثر بالضرورة (٢).

ويبدو لنا أن هذا الفارق، الذى يقول به كلسن، بين الحكم الوضعى وحكم قوانين الطبيعة، إنما يرجع إلى أن كلسن قد وصل إلى فكرة الارتباط بين المؤثر والأثر القانونى، لا من خلال تمييزه الحكم الوضعى عن الحكم التكليفى – والنظر إلى كل منهما كقسم مستقل وقائم بذاته من أحكام القانون – وإنما من خلال فكرة التكليف الشرطى ذاتها بعد تصوير التكليف

---

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٢٠ وما بعدها؛ سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها. وأنظر كذلك رنييه كابيتان، المرجع السابق، ص ١ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، ص ١٠٥ وما بعدها. قرب، رنييه كابيتان، المرجع السابق، ص ٨.

على نحو يجعل منه تكليفاً شرطياً (١) . ففكرة التكليف الشرطى رغم أنها تتجاوز الفكرة السائدة فى النظرية القانونية من أن القانون تكليف مطلق ، إلا أنها لا تحول رغم ذلك دون استحالة المضمون القانونى برمته فى النهاية إلى تكاليف أو قواعد للسلوك . ومن ثم كان لا محالة أن ينتهى كلسن إلى القول بأن الرباط بين المؤثر القانونى والأثر القانونى هو رباط وجوب لا رباط كينونه .

ولذلك فيبدو لنا أن التسليم بتضمن القانون لأحكام وضعية — لا أثر لتقييم السلوك أو للتكليف فيها — من شأنه أن يؤدى إلى التسليم بأن الرباط بين الحدث المؤثر وبين أثره القانونى هو رباط كينونة ، لا مجرد رباط «وجوب» ، بحيث يتحقق الأثر القانونى بمجرد وجود المؤثرات التى جعلت سبباً أو شرطاً له وانتفاء المؤثرات التى جعلت مانعاً منه . ويبقى بعد ذلك أن «الكينونة» فى الحكم الوضعى هى بطبيعة الحال كينونة قانونية ، بينما الكينونة فى القوانين الطبيعية كينونة طبيعية ، وأن الأثر فى الحكم الوضعى تبعاً لذلك هو أثر قانونى أيا ما كان هذا الأثر ، بينما الأثر فى القوانين الطبيعية هو أثر مادى .

الوضع لايفترض التمييز أو العقل :

٤٥ — ولما كان الحكم الوضعى هو مجرد «وضع أو جعل» من الشارع على هذا النحو السابق ، وكان لذلك لا يحمل فى ذاته معنى الوجوب بقدر ما يحمل معنى الكينونة ، فقد قلنا من قبل (٢) بأن القوة الملزمة للقانون انما تعنى بالنسبة للأحكام الوضعية ، وخلافاً للأحكام التكليفية ، مجرد علاقة اللزوم بين الحدث المؤثر وبين أثره القانونى ولا تعنى الإلزام أو التكليف . فالأمر يتعلق أولا وأخيراً بخطاب الشارع وحده ، ولا يتوقف على أى حقيقة أخرى خارجة عن هذا الخطاب ، كالقدرة على فهم هذا الخطاب ، أو إرادة الحدث المؤثر إذا ما كان هذا الحدث فعلا مقدوراً للإنسان ،

---

(١) أنظر ماسبق ، بند ٢٩ .

(٢) أنظر ما سبق ، بند ٣٧ .

أو كونه من اختياره وبناء على ما يمليه عقله . فالإرادة المعتبرة هنا هى إرادة الشارع وحدها أو إرادة القانون ، وفعل الإنسان هنا لا ينظر فيه إلى كونه محل تكليف ، أمراً كان أو نهياً أو إباحة . أية ذلك أن مثل هذا الحدث المؤثر قد يكون فعلا لغير من يترتب فى جانبه الأثر ممن لا سيطرة لهذا الأخير عليه ، وقد يكون حدثاً آخر لا سيطرة لإنسان عليه من الأصل، وأن ثبوت الأثر لا يحمل فى ذاته تكليفاً ولا يفرض واجباً (١)

ومن الواضح أن مثل هذا التحليل يوصل إلى نتيجة طبيعية بسيطة ، هى أن توجه الأثر القانونى الناشىء عن خطاب الوضع لإنسان معين وتعلقه به لا يفترض بالضرورة توافر القدرة على فهم خطاب الشارع والقدرة على محاذاة السلوك فى هذا الإنسان . فالأثر المذكور يترتب بقوة القانون دون حاجة إلى هذا الأمر أو ذاك . وكل ما يستلزمه ترتب الأثر على هذا النحو هو مجرد وجود «كائن» ينسب إليه هذا الأثر . فإذا ماوجد هذا الكائن ، فإن وجود الحدث المؤثر الذى يسبب الأثر القانونى أو يشرطه ، أو انتفاء الحدث المؤثر الذى يمنع من تحققه ، يترتب عليه بالضرورة وجود الأثر وتعلقه بهذا الكائن . ومن ثم فالإنسان منذ وجوده ، وبصرف النظر عن بلوغه أو عدم بلوغه سن التمييز أو عن وجود أو انتفاء عوارض التمييز لديه يمكن أن تلحق به الأحكام الوضعية وتترتب فى حقه الآثار القانونية ، حقوقاً كانت هذه الآثار أو التزامات (٢).

وهذا المعنى السابق يتضح من تمييز فقهاء الشريعة الإسلامية بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء . فهم يصرفون أهلية الوجوب إلى معنى الذمة ، ويعرفون الذمة بأنها وصف شرعى يلازم الإنسان منذ وجوده على قيد الحياة إلى حين وفاته ، يجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق وتثبت عليه الالتزامات (٣)

---

(١) أنظر ما يلى ، بند ٥١ .

(٢) فى الحدود التى يجوز فيها النيابة فى أداء الالتزام ، أنظر مايلى ، بند ٥١ .

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك : عباس متولى حمادة ، المرجع السابق ، ص ٣٦٧ ومابعدها؛ الأستاذ محمد مصطفى شلبى ، المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٩ م ، بيروت ، ص ٤٩٠ وما بعده .

ويجعلون صفة الإنسانية مناطاً لها(١). وهذا المعنى هو الذى يعبر عنه فى لغتنا القانونية المعاصرة بفكرة الشخصية. فالشخصية هى كما قدمنا الصلاحية لثبوت الآثار القانونية حقوقاً كانت أو التزامات (٢) . ولذلك يمكن القول بأن الشخصية تثبت للإنسان منذ وجوده وحتى وفاته ، وبصرف النظر عن توافر التمييز أو العقل أو عدم توافرهما لديه .

أما أهلية الأداء فهى «صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة فى نظر الشارع»، ومناطها التمييز والعقل (٣) . وهذه الأهلية هى التى يتأخر توافرها عن ثبوت صفة الإنسانية ومن ثم عن ثبوت للشخصية .

الحكم الوضعى يفسر مناط الشخصية :

٤٦ — وربط الشخصية بفكرة الحكم الوضعى على هذا النحو يفسر ما سبق أن توصلنا اليه من نتائج يعجز عن تفسيرها ربط الشخصية بأى من فكرتى الحق وقاعدة السلوك ، على نحو ما يذهب إليه الفقه المعاصر.

أما عن فقه الحقوق ، فهو فى صورته الأولى النقية يربط كما رأينا بين فكرة الشخصية وفكرة الحق ، ويفرع فكرة الحق على فكرة الحرية الفطرية للإنسان ، فينتهى إلى أن الحق هو القدرة الإرادية ، ويجد نفسه بالضرورة عاجزاً عن إثبات الشخصية لمن لا يتمتع بالتمييز (٤) . ومن الواضح

---

(١) فى هذا المعنى : الأستاذ محمد مصطفى شلبى ، المرجع السابق ، ص ٤٩٢ .

(٢) فى هذا المعنى :عبد الرازق السنهورى، نظرية العقد،١٩٣٤،بند ٣١٨، ص٣١٥، مصادر الالتزام ، ١٩٦٤ ، بند ١٤٥ ، ص ٢٨٣ ؛ أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ١٩٤٥ ، بند ١٣٨ ، ص ١٠٠ ومابعدها ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، بند ٢٨٢ ، ص ٤٣٨ ومابعدها ؛ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، بند ٣٤٤ ، ص ٥٣٧ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ، بند ١٣٠ ، ص ١١٦؛ اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٦٦ ، ص ١٧٤ ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٣١٧ .

(٣) الأستاذ محمد مصطفى شلبى ، المرجع السابق ، ص ٤٩٢ وما بعدها .

(٤) أنظر ما تقدم ، بند ٦ وما بعده .

أن ربط الشخصية بفكرة الحكم الوضعي على النحو الذي نقول به يسمح بتخطي هذه التناقض ، تأسيساً على أن الحكم الوضعي هو جعل من الشارع لا اعتبار فيه إلا لإرادة الشارع دون إرادة العبد الذي يثبت له الحق ، وأن الحق ليس إلا أثراً قانونياً يترتب بمقتضى هذا الحكم .

وقد رأينا أن فقه الحقوق قد ذهب بعد ذلك – فى محاولته تفادى التناقض السابق – إلى أن الحق هو مصلحة يحميها القانون ، وأن هذا المذهب يؤدى إلى خلع الشخصية على غير الإنسان من حيوان أو جماد (١) . ومن الواضح أن ربط الشخصية بفكرة الحكم الوضعى يسمح كذلك بتفادى هذا التناقض الجديد ، باعتبار أن حكم القانون – ولو كان وضعاً – لا يتوجه إلا إلى الإنسان ، وأن الأثر القانونى الذى يرتبه هذا الحكم لا يتعلق تبعاً لذلك إلا بالإنسان .

وأخيراً فقد رأينا أن الحق لا يمكن أخذه إلا بمعنى الاختصاص بقيمة معينة وما يتفرع عن هذا الاختصاص من استحواذ أو استئثار ، وأن هذا الاختصاص وما يتبعه من استحواذ أو استئثار لا يمكن أن يجد مصدره إلا فى القانون الموضوعى ذاته ، وأن صاحب مثل هذا الاختصاص لابد بالضرورة أن ينسب إلى هذا القانون الموضوعى (٢) . ومن الواضح أن ربط الشخصية بفكرة الحكم الوضعى يجعل مصدر الحق هو القانون كما يجعل الشخص شخصاً للقانون بمثل ما هو صاحب الحق . ذلك أن الحق يبدو فى ظل فكرة الحكم الوضعى كأثر قانونى ، وأن من ينسب إليه هذا الأثر يبدو كشخص للقانون قبل أن يكون شخصاً للحق أو صاحباً له .

٤٧ – أما عن فقه قاعدة السلوك ، فقد رأينا أنه يصور القانون كمجرد مجموعة من قواعد السلوك ، فينتهى إلى أنها لا تتوجه إلا إلى الإنسان العاقل الواعى ، وأنه بذلك يسدل الستار تماماً على الآثار القانونية التى لا يتوقف

---

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٨ ومابعده .

(٢) أنظر ماتقدم ، بند ١٣ – ١٥ .

وجودها على فعل للإنسان محل لتكليف – والتى هى جزء أصيل من مضمون القاعدة القانونية – وينفى فكرة الحق ، ويتجاهل ضرورة إسناد هذه الآثار – ومن بينها الحق – إلى شخص من أشخاص القانون(١). ومن الواضح أن الاعتراف بالحكم الوضعى – بجانب الحكم التكليفى – من شأنه أن يوجد لفكرة الأثر القانونى مكاناً فى بنيان القاعدة القانونية حتى لو لم يكن أثراً لفعل للإنسان محل لتكليف بجانب المكان الذى تحتله فكرة السلوك أو التكليف ، ويمكن من إناطة فكرة الشخصية بالصلاحية لتلقى هذا الأثر – دون فكرة التكليف – باعتبار هذه الصلاحية أوسع نطاقاً وأسبق توافراً لدى الإنسان من الصلاحية للتكليف .

المطلب الثالث

مناط الالزام واجتماع التكليف والوضع

وضع المشكلة :

٤٨ – إذا كانت الدراسة التحليلية لقواعد القانون تكشف عن فصيلتين متميزتين من الأحكام – تضم أحداهما أحكام السلوك ، وتضم الأخرى أحكام الوضع – فإن أحكام كل من الفصيلتين لا توجد فى عالم القانون منفصلة بعضها عن البعض الآخر ، وإنما يوجد بينها ، كما قدمنا(٢)، نوع من العلاقة التبادلية . فالتكليف يرتب الوضع ، والوضع قد يرتب التكليف .

ومرجع ذلك بالطبع أن هناك منطقة مشتركة بين التكليف والوضع هى منطقة السلوك الإنسانى أو أفعال الإنسان . فهذا السلوك وهذه الأفعال محل لتقييم وتقويم ومن ثم محل لتكليف من ناحية . وهذا السلوك وهذه الأفعال مؤثرات لآثار قانونية ، ومن ثم محل لوضع من الشارع (٣) من ناحية أخرى .

---

(١) أنظر ماتقدم ، بند ١٨ – ٢٥ .
(٢) أنظر ماتقدم ، بند ٣٤ ، ٣٦ .
(٣) أنظر فى هذا الصدد ، الشيخ محمد الخضرى ، المرجع السابق ، ص ٧٠ ومابعدها

على أنه إذا كان هناك مثل هذه العلاقة بين التكليف والوضع ، وكانت هذه العلاقة مبعثها كون السلوك الإنساني محلا لكل منهما ، فان التضايف بينهما ليس تضايفاً تاماً . ذلك أن محل التكليف هو السلوك الإنساني والسلوك الإنساني وحده ، بينما محل الوضع هو السلوك الإنساني وغيره من الأحداث مما لا يعتبر سلوكاً للإنسان . وعلى هذا النحو يمكن بالطبع أن يتواجد الوضع دون أن يصاحبه التكليف . فالوفاة مثلا سبب للميراث . والوفاة حدث طبيعي خارج عن إرادة الإنسان وسلوكه ، ومن ثم خارج عن منطقة التكليف . والميراث هو أثر للوفاة يتمثل فى إثبات حقوق المورث للوارث مما لا أثر للتكليف فيه كذلك .

ولما كان مناط التكليف يختلف عن مناط الوضع على النحو السابق ، وكان كل منهما يجتمع فى سلوك الإنسان أو أفعاله ، فإن التساؤل لابد أن يثور حول أثر اجتماعهما على مناط الإلزام بأحكام القانون ، وعما إذا كانت الغلبة يجب أن تكون لمقتضى التكليف أو لمقتضى الوضع .

وللإجابة على هذا التساؤل يجب أن نفرق بين الحالة التى يسبق فيها التكليف الوضع ويترتب الوضع على التكليف — من الناحية المنطقية — والحالة التى يسبق فيها الوضع التكليف ويترتب التكليف عليه — من الناحية المنطقية كذلك .

١ — ترتب الوضع على التكليف

مدى ارتفاع الوضع :

٤٩ — أفعال الإنسان دائماً محل لتكليف ، وجوباً كان أو تحريماً أو إباحة (١) . ولكنها كذلك قد تكون عاملا من العوامل المؤثرة فى ترتيب أثر قانونى أو آخر (٢). فالفعل المحرم ، كالسرقة ، يؤدى إلى العقاب ويؤدى

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٢٤ ، ٣٢ .

(٢) أنظر ماتقدم ، بند ٣٥ ، ٣٦ .

إلى الضمان ، والفعل المباح ، كالتصرف القانونى ، يؤدى إلى إنشاء الحقوق والالتزامات . وعلاقة الفعل بالأثر هى علاقة وضع أو جعل .

ولكن التمييز كما قدمنا شرط للتكليف . فاذا انتفى التمييز ارتفع التكليف. وفى هذه الحالة يثور التساؤل عن أثر ارتفاع التكليف عن الفعل على الوضع الذى يكون هذا الفعل محلا له . فإذا كان السارق غير عاقل ، فهل يستحق العقاب ؟ وهل يجب عليه الضمان ؟ وإذا كان من صدر عنه التصرف القانونى غير عاقل فهل يمتنع ترتب الحقوق والالتزامات على تصرفه ؟.

يفرق النظر الإسلامى فى هذا الصدد بين وضع محله الفعل من حيث هو محل لتكليف ، وبين وضع محله هذا الفعل فى ذاته وبصرف النظر عما هو محل له من تكليف (١) . فالأول يرتفع بارتفاع التكليف ، والآخر لا يرتفع بارتفاع التكليف . فتخلف التمييز لدى السارق يرفع التحريم عن فعله ، ويرفع من ثم العقاب ، لأن العقاب ما جعل أثراً للسرقة إلا باعتبارها محلا لتكليف هو التحريم . ولكن ارتفاع العقاب لا يرفع الضمان ، لأن الضمان جعل أثراً لفعل السرقة لا باعتباره محلا لتحريم وإنما باعتبار ما يعنيه من حرمان المسروق منه من ماله . وتخلف التمييز لدى من يجرى التصرف يرفع الإباحة عن تصرفه ، ويرفع من ثم الحقوق والالتزامات التى وضع سبباً لها ، لأن هذه الحقوق والالتزامات ما جعلت أثراً للتصرف إلا باعتباره مباحاً (٢) .

وقد يبدو أن مقتضى ما تقدم هو أن الحقوق والالتزامات التى تنتج عن الفعل باعتباره محلا للتكليف لا تثبت لعديم التمييز أو عليه . غير أن الواقع أن أحكام النيابة من شأنها أنه تغير من هذه النتيجة . ويظهر ذلك بصفة خاصة فيما كان حكمه الإباحة ، كما هو الحال فى التصرفات القانونية . ذلك أن ما كان حكمه الإباحة إنما ينظر فيه إلى إدراك أثره ويترك للعبد ليختار فيه بين

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٣٤.
(٢) أنظر ماتقدم ، بند ٤١ . وأنظر كذلك ما يلى ، بند ٧٩ – ٨٦ .

الإتيان والترك وفقاً لما تقتضيه مصلحته (١) . و لما كان الاعتبار للمصلحة على هذا النحو ، وكان غير المميز غير قادر على تقدير هذه المصلحة ، فإنه يمكن للمميز – الذى يخول له القانون ذلك – أن يدرك هذا الأثر وأن يقوم بمثل هذا التقدير نيابة عنه . ولذلك كان الفعل الصادر من النائب لحساب الأصيل فى هذا الصدد كالفعل الصادر من الأصيل مرتباً للحق أو الالتزام فى حق هذا الأصيل .

تفسير ارتفاع الوضع :

٥٠ – وإذا كان الوضع يرتبط بالتكليف أحياناً على هذا النحو ، فإنه يصح التساؤل عن موضع توافر التمييز – الذى هو شرط للتكليف – لا من التكليف ذاته وإنما من الوضع المترتب على هذا التكليف . وفى هذا الصدد لابد أن يختلف الأمر باختلاف نوع الوضع ، وما إذا كان الفعل محل التكليف سبباً للأثر القانونى أو شرطاً له أو مانعاً منه .

فإذا كان الفعل محل التكليف سبباً للأثر كان معنى توافر التمييز توافر السبب بحيث يترتب على توافر الفعل قيام الأثر ، وكان معنى تخلف التمييز تخلف السبب ، على الرغم من توافر الفعل ، بحيث ينعدم الأثر رغم هذا الفعل . وإذا كان الفعل محل التكليف شرطاً للأثر كان معنى توافر التمييز توافر الشرط بحيث يترتب على توافر الفعل قيام الأثر إذا ما وجد سببه ، وكان معنى تخلف التمييز تخلف الشرط ، على الا غم من توافر الفعل ، بحيث ينعدم الأثر رغم هذا الفعل ، حتى ولو قام سببه . وإذا ما كان الفعل محل التكليف مانعاً من الأثر كان معنى توافر التمييز توافر المانع ، بحيث يترتب على توافر الفعل انعدام الأثر ، حتى ولو وجد سببه وتحققت شروطه وكان معنى تخلف التمييز تخلف المانع ، على الرغم من توافر الفعل ، بحيث يقوم الأثر رغم الفعل ، متى وجد السبب وتحققت الشروط .

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٤١ .

فإذا أخذنا أمثلة من أحكام القانون المدنى ، فإنه يمكن القول — بصفة موقتة — بأن الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد محرم وأن هذا الانحراف سبب الالتزام بالتعويض(١) . فإذا توافر التمييز تعلق التحريم بفعل المكلف بحيث إذا وقع الانحراف كان سبباً لقيام الالتزام بالتعويض ، وإذا تخلف التمييز امتنع تعلق التحريم بفعل المكلف ، بحيث إذا وقع الانحراف فى السلوك لم يكن هذا الانحراف سبباً لقيام الالتزام بالتعويض .

والتصرف القانونى مباح وهو سبب لقيام الالتزام الإرادى . فاذا توافر التمييز تعلقت الإباحة بفعل المكلف فكان وقوعه سبباً لقيام الالتزام الإرادى (٢) ، وإذا انعدم التمييز لم تتعلق الإباحة بفعل المكلف ، بحيث إذا أجرى التصرف لم يكن هذا التصرف سبباً للالتزام الإرادى ، على نحو ينعدم معه هذا الالتزام رغم قيام الفعل المكون للتصرف . كذلك فالتصرف القانونى شرط للتملك بالحيازة ، وفقاً لأحكام الحيازة فى المنقول أو التقادم فى المنقول أو التقادم الخمسى . فإذا توافر التمييز فيمن صدر عنه التصرف تعلقت الإباحة بفعله وتوافر شرط التملك بالحيازة بحيث يتم التملك إذا ما كان سببه — وهو الحيازة ذاتها — متوافراً . وإذا انعدم التمييز لم تتعلق الإباحة بالتصرف وترتب على ذلك تخلف شرط التملك بالحيازة رغم توافر سببها وهو الحيازة .

وبالمثل يمكن القول بأن تقديم رهن للوفاء بالثمن المؤجل مباح أو واجب حسب نصوص عقد البيع ومانع من حبس الثمن . فإذا كان الراهن مميزاً قامت الإباحة أو الوجوب وقام المانع من الحبس بما يتخلف معه الحق فى الحبس . وإذا تخلف التمييز تخلفت الإباحة أو الوجوب وتخلف تبعاً لها المانع من الحبس بما يؤدى إلى توافر الحق فى الحبس .

٢ — ترتب التكليف على الوضع

٥١ — خطاب الوضع يرتب دائماً أثراً قانونياً فى مواجهة الإنسان ،

(١) أنظر مايلى ، بند ١٠٠ .
(٢) أنظر مايلى ، بند ٨٠ وما بعده .

حقاً كان هذا الأثر أو التزاماً . وإذا كان الحق يعبر عن مجرد اختصاص لا أثر للسلوك فيه، فإن الالتزام على العكس من ذلك يفترض أداء ومن ثم يفترض من الملتزم سلوكاً معيناً هو السلوك الذى يتم به هذا الأداء . ومن هنا فترتب الأثر الذى يقتضيه الوضع يعقبة قيام تكليف إذا ما كان هذا الأثر التزاماً .

والوضع كما رأينا هو علاقة جعلية من الشارع ، تقوم بين مؤثر وأثر قانونى ولا تفترض التمييز فيمن يوجد فى جانبه المؤثر أو الأثر على حد سواء . ولذلك فإذا انتفى التمييز لدى من وجد فى جانبه المؤثر أو الأثر ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب الأثر . ولكن الأثر ذاته قد يفترض بذاته تكليفاً كما قدمنا. ولذلك يثور التساؤل فى هذه الحالة عما إذا كان تحقق الأثر رغم انتفاء التمييز يؤدى إلى قيام التكليف ، خلافاً لما رأيناه من أن التمييز شرط للتكليف . فوفاة المورث مثلا تؤدى إلى انتقال حقوقه والتزاماته إلى الوارث حتى ولو كان هذا الوارث يتوافر لديه التمييز الذى هو شرط التكليف . ولكن الالتزام يفترض أداء ويفترض تكليفاً ، فكيف يستساغ نقل الالتزام إلى غير المميز فى الوقت الذى لا يكون فيه مكلفاً ؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد أولا من التمييز بين ثبوت الالتزام فى ذاته وبين أدائه . فثبوت الالتزام هو الوضع ، وتنفيذه هو التكليف ، وكل منهما يتصور — منطقاً — أن يقوم مستقلا عن الآخر . وثبوت الالتزام يعنى وجوده فى عالم القانون ، أما تنفيذه فيعنى وجود السلوك الذى يفرضه فى عالم الواقع (١) .

وللإجابة على هذا التساؤل لابد ثانياً من التمييز بين تنفيذ يستوى فيه

---

(١) قرب تفرقه كلسن بين صحة القاعدة القانونية وبين فعاليتها، المرجع السابق ، ص١٤ ومابعدها . وقرب كذلك التفرقة بين المديونية والمسئولية فى التحليل المزدوج للالتزام : كومباراتو المرجع السابق . وأنظر بصفة خاصة ص ١٩٨ وما بعدها من هذا المؤلف .

أن يتم من المدين ذاته أو من غيره – كما هو الحال فى تنفيذ الالتزامات المالية بصفة عامة – وبين تنفيذ يجب أن يتم من المدين ذاته .

وترتيباً على هاتين المقدمتين ، فكلما كان الأثر القانونى الذى يفترض تكليفاً – وهو الالتزام – يستوى فيه أن ينفذ من المدين أومن غيره ، فإن تخلف التميز لدى المدين لا يمنع من ثبوت الالتزام فى ذمته ، وتكليف النائب عنه بأدائه . وفى هذه الحالة يثبت الأثر فى مواجهة شخص ويقوم التكليف تجاه شخص آخر – حتى يتوافر التميز لدى من يثبت الأثر فى ذمته(١)– ولا يكون هناك تعارض فى ذلك ، تأسيساً على المفارقة بين ثبوت الالتزام وتنفيذه ، وطالما كان الثبوت لا يقتضى أكثر من إعمال حكم وضعى .

أما إذا كان الأثر القانونى الذى يفترض تكليفاً يجب أن يؤدى التكليف فيه من المدين ذاته ، فإن تخلف شرط التكليف وهو التميز يرتد بالضرورة إلى الوضع فيمنع ايقاعه . وفى مثل هذه الحالة يصبح توافر التميز بالضرورة شرطاً للوضع بمثل ما هو شرط للتكليف المترتب عليه ، ويصبح تخلفه مانعاً من قيام هذا الوضع .

٥٢ – ولعل خير ما يكشف عن علاقة الوضع والتكليف ، وارتباط كل منهما بتشريع الحقوق والالتزامات وإيجاب الوفاء بها ، هو بيان موقف فقهاء الشريعة من إيجاب بعض الالتزامات المالية على عديم التميز .

وسوف نتخذ مثالا لذلك من الزكاة والضمان . وتظهر أهمية مثال الزكاة فى هذا الصدد فى أن محور الخلاف بصدده هو جواز أو عدم جواز النيابة فى أداء الزكاة . وتظهر أهمية الضمان فى أن محور الخلاف بصدده ليس جواز النيابة وإنما هو حقيقة سبب الضمان وما إذا كان وضعا أو تكليفاً .

---

(١) ولذلك فالدعوى بتنفيذ الالتزام لاترفع على غير المميز وإنما على النائب عنه بصفته كذلك .

فأما الزكاة ، فمن المسلم به أنها تقوم على أحكام وضعية لا تفترض التميز لوقوعها فى حق الانسان . فهى سبب لمسبب لا أثر للتكليف فيه وهو الملك البالغ النصاب ، وهى مشروط لا أثر للتكليف فيه وهو الحول. ومقتضى ذلك أن تجب فى حق عديم التميز. غير أنه من المسلم به كذلك أن إيجاب الزكاة معناه التكليف بأدائها ، وأن مثل هذا التكليف لا يقوم إلا بتوافر شرطه وهو التميز ، ويمتنع تعلقه بالشخص إذا ما وجد مانع منه من جنون أو عته . وهنا يتضح التعارض بين مقتضى التكليف الذى ينشأ عن إيجاب الزكاة وبين مقتضى الأحكام التى يقوم عليها ايجابها، فكيف يحل فقهاء الشرع الاسلامى هذا التناقض ؟

ذهب الجمهور إلى وجوب الزكاة على عديم التميز — أخذاً بمقتضى الأحكام التى يقوم عليها إيجابها — وذهب الحنفية على العكس من ذلك إلى عدم ايجابها — أخذاً بمقتضى التكليف الذى ينشأ عن هذا الإيجاب (١) . ومرجع هذا الخلاف لديهم هو ما إذا كانت الزكاة مؤنة للمال أو عبادة (٢). فمن رأى فيها مؤنة ذهب إلى وجوبها على عديم التميز ، ومن رأى فيها عبادة ذهب إلى عدم وجوبها عليه . ويتضح من ذلك أن حقيقة الخلاف لديهم تكمن فيما إذا كانت النيابة تجوز أو لاتجوز فى أداء التكليف المترتب على إيجاب الزكاة. فمن قال بأنها مؤنة ذهب إلى جواز النيابة فى أدائها ، وانتهى من ثم إلى إيجابها فى مال عديم التميز بمجرد توافر سببها وشروطها ، وأقام التكليف بأدائها على عاتق الولى لا على عاتق غير المميز . ومن قال بأنها عبادة ذهب إلى عدم جواز النيابة فى أدائها باعتبار أن المقصود بإيجابها هو فعلها ممن تجب عليه ذاته لا من النائب، ومن ثم انتهى إلى عدم قيام التكليف بأدائها على عديم التميز وعلى الولى على السواء .

وأما الضمان ، فمن المسلم به أن إيجابه ينشىء التزاماً فى ذمة الضامن . ومن المسلم به كذلك أن هذا الالتزام التزام مالى لا أثر فيه للعبادة ، بحيث

---

(١) أنظر فى ذلك : ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، طبعة ١٩٦٨ ، ص ٣٠٦ .

(٢) أنظر فى ذلك : عمر عبده ، سلم الوصول لعلم الأصول، الطبعة الثانية ، ١٣٧٩ هـ — ١٩٥٩ م ، ص ١٢٢ ، التلويح، جـ ٢ ، ص ١٦٤ .

يمكن أداؤه من النائب كما يمكن أداؤه من الأصيل سواء بسواء .

ومع ذلك فقد اختلف الرأى فى قيامه فى حق عديم التمييز . فقد ذهب الجمهور إلى قيامه قولا بأن الضمان من خطاب الوضع وخالف بعض المالكية فى ذلك قولا بأن الضمان من خطاب التكليف (١).

ويتضح من هاتين المقدمتين أن مبعث الخلاف ليس فى كون الضمان — إذا ما قام سببه — يفترض تكليفاً بالأداء من مال الضامن، أو فى كون تنفيذ هذا التكليف يمكن أن يتم ممن يقع الضمان على ماله أو من النائب عنه ، وإنما فى النظر إلى سبب الضمان ذاته . فالجمهور يبحث عن هذا السبب فى ربط الشارع بين الضمان وبين الضرر الذى سببه الضامن للمضرور فيرى فيه حكماً وضعياً يتحقق أثره تلقائياً بمجرد تحقق الضرر وثبوت التسبب فيه دون نظر إلى تمييز أو انعدام تمييز المتسبب . وبعض المالكية يبحث عن هذا السبب فى عدم مشروعية النشاط المسبب للضرر ، فيرى فيه حكماً تكليفياً ، التمييز شرط لقيامه فى حق المتسبب وعدم التمييز مانع من قيامه فى حقه ، فينتهى إلى انعدام السبب بمجرد قيام المانع ، ومن ثم إلى عدم قيام الضمان عند ثبوت انعدام التمييز تأسيساً على تخلف السبب (٢) .

---

(١) أنظر فى هذا الشأن ، على الخفيف ، الضمان فى الفقه الاسلامى ، ١٩٧١ .

(٢) أنظر ما يلى ، بند ١٠٤ .

الفصل الثانى

مناط الالزام بالاحكام المدنيه وأعمال القانون

٥٣ – أياما كان جوهر القانون – وسواء كان حقوقاً أوكان قواعد سلوك تقيم واجبات أو كان أحكاماً متباينة من التكليف والوضع – فإن وجوده أمر وتعلقه بإنسان معين أو إيقاعه فى شأنه أمر آخر . فتشريع الحقوق والتكاليف والأحكام له دليله المتمثل فى مصدر من مصادر القانون من تشريع وعرف وقضاء ، وتعلقها بالإنسان له دليله المتمثل فى تصرف أو واقعة من التصرفات والوقائع التى يناط بها قيام الحق أو التكليف أو إنزال الحكم بالمكلف . وحتى يتحقق إلزام القانون للإنسان لابد من توافر الدليل على شرعيته من ناحية وتوافر الدليل على تعلقه بهذا الإنسان من ناحية أخرى . ولذلك فالفقه المعاصر يفرق بين المصدر المباشر والمصدر غير المباشر للمراكز القانونية، أوبين مصدرها المسبب ومصدرها المرتب(١). فالأول هو التصرف القانونى أو الواقعة القانونية التى يناط بها المركز القانونى . والآخر هو القانون ذاته الذى يتكفل بإناطة هذا المركز بالتصرفات والوقائع . والفقه الإسلامى يفرق بين دليل شرعية الحكم وبين دليل وقوعه . فالأول يقابل المصدر غير المباشر أو المصدر المرتب . والآخر يقابل المصدر المباشر أو المصدر المرتب .

وقد كان لازدواج دليل إلزام القانون على هذا النحو أثره المباشر على مواجهة مشكلة مناط هذا الإلزام . فالحق أو الواجب القانونى كما يبدو كل منهما كنتاج للقانون بمعناه الموضوعى المجرد يبدو كنتاج للتصرف القانونى أو الواقعة القانونية . ومن هنا فالفقه بعد أن يواجه مشكلة مناط

(١) أنظر فى هذا الصدد ، جلال العدوى ، أصول المعاملات ، جـ ١ ، ص ٦٢ وما بعدها .

الزام بالأحكام في نطاق نظرية الحق أو في نطاق نظرية القانون تحت فكرة الشخصية ، يعود فيواجهها مرة أخرى في نطاق نظرية التصرف القانوني تحت فكرة الأهلية — كعنصر في التصرف — وفي نطاق الواقعة القانونية تحت فكرة التمييز — كعنصر في العمل غير المشروع .

وكل من فكرتي الأهلية والتمييز مناطها العقل . وفكرة العقل يتحدد موضعها في نظرية الحق ونظرية القانون من خلال مناقشة فكرة الشخصية . ولذلك يبدو لأول وهلة عدم جدوى مواجهة مناط الإلزام بالأحكام المدنية من جديد في نظريتي التصرف القانوني والعمل غير المشروع بعد أن تحدد هذا المناط من خلال مناقشة فكرة الشخصية . ولكن هذه الجدوى تتضح إذا ما استعدنا في الذهن موقف الفقه التقليدي من بنيان القانون ، وتصوير هذا الأخير تارة كمجرد حقوق وتارة أخرى كمجرد قواعد للسلوك تفرض واجبات .

ففي النظر الأول تثبت الشخصية دون اعتبار لتوافر العقل . ولكن الملاحظ أن العقل يلعب دوراً هاماً في الإلزام بأحكام القانون . ومن هنا كان لابد من إيجاد موضع لدراسة دور العقل في الإلزام بأحكام القانون ، فكانت دراسته في مجال التصرف القانوني والعمل غير المشروع ، بعد أن صار من المستحيل دراسته في نظرية الشخصية .

وفي النظر الآخر لا تثبت الشخصية إلا للعاقل على نحو تستنفد معه دراسة الشخصية دراسة العقل كمناط للإلزام بأحكام القانون . ولكن يبقى بعد ذلك أن دليل تعلق هذه الأحكام بالإنسان هو التصرف القانوني أو الواقعة القانونية ، وأن التصرف والواقعة عناصران مستقلان في وجودهما عن وجود أحكام القانون وتاليان في وجودهما لوجوده . لذلك لزم توضيح الصلة بين كل من التصرف القانوني والواقعة القانونية من ناحية وبين أحكام القانون من ناحية أخرى ، بما يثبت أن مناط الإلزام الناشيء عن التصرف أو الواقعة هو بعينه مناط الإلزام الناشيء عن أحكام القانون .

وترتيباً على ذلك كان علينا أن نعرض لمناط الإلزام بالأحكام المدنية فى علاقته بكل من التصرف القانونى والفعل الضار كنموذجين مختلفين لدليل وقوع أحكام القانون ، أو ما يعرف فى الفقه بالمصدر غير المباشر أو المصدر المرتب للمراكز القانونية .

المبحث الأول : الإلزام بالأحكام المدنية والتصرف القانونى .

المبحث الثانى : الإلزام بالأحكام المدنية والفعل الضار .

المبحث الاول
الالزام بالأحكام المدنية والتصرف القانونى

٥٤ — يمثل التصرف القانونى مجالا من أهم المجالات التى تتصارع فيها الاتجاهات المختلفة فى تصور القانون وجوهره . فالتصرف القانونى فى جوهره هو تصرف إرادى يرتب أثراً قانونياً . وهو بهذه المثابة عمل شخصى ذاتى فى مبتداه ونتيجة موضوعية فى منتهاه . ولذلك فدراسة مناط الإلزام بالتصرف القانونى لابد أن تأخذ بعين الاعتبار العمل الشخصى الذى يبدأ به هذا التصرف والنتيجة الموضوعية التى ينتهى إليها . ولذلك أيضاً كان علينا أن نحدد مناط الإلزام بالتصرف القانونى على أساس من هذين العنصرين. فالعنصر الأول — العنصر الذاتى الشخصى — يبين منشأ الأثر الذى يرتبه التصرف القانونى. والعنصر الآخر — العنصر الموضوعى — يبين أن هذا الأثر هو أثر للقانون. وقد سبق أن رأينا أن الإرادة هى محور فقه الحقوق وأن الأثر القانونى هو مبحث من مباحث فقه قاعدة السلوك (١) . ومن ثم كان علينا أن نحدد علاقة مناط الإلزام بالتصرف القانونى بكل من التصرف الإرادى والأثر القانونى من خلال هذين الفقهين .

المطلب الأول : مناط الإلزام بالتصرف القانونى والتصرف الإرادى

المطلب الثانى : مناط الإلزام بالتصرف القانونى والأثر القانونى .

---

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٥ وما بعده ، وبند ١٨ وما بعده .

المطلب الأول
مناط الالزام بالتصرف القانونى والتصرف الارادى

وضع المشكله :

٥٥ ـ لاجدال فى أن الإلزام بالتصرف القانونى هو إلزام للإنسان بإرادته . ولكن التساؤل يثور عن المقصود بالإرادة ، وعن علة التزام الشخص بإرادته وعدم إمكانه العدول عنها بإرادة لاحقة . ويحاول الفقه الإجابة على هذا التساؤل من خلال تنقيبه عن أساس الالتزام الإرادى أو منشأة . غير أن الواقع أن فكرة أساس الالتزام الارادى أو منشأه تخفى ورائها مشكلتين متميزتين هما : مشكلة الشخص الذى يكون أهلا للالتزام الإرادى ـ أو مايسميه فقة الشريعة الإسلامية بالعاقد ـ ومشكلة الإرادة الملزمة وحدود إلزامها ، أو مشكلة الإلتزام الإرادى . ولذلك فالمنطلق الصحيح لحل هذه المشكلة هو التمييز بين مناط الإلزام بالتصرف القانونى ودليل وقوع هذا الإلزام (١) .

١ ـ أساس الالتزام الارادى

الارادة بنوعها الفردى :

٥٦ ـ يمثل ما واجه الفقه التقليدى ـ بنزعته المثالية ـ فكرة الحق من خلال فكرة الحرية ، فقد واجه كذلك نظرية التصرف القانونى من خلال هذه الفكرة . ففكرة الحق تنبعث لدى هذا الفقه كما قدمنا من تصور أن الحرية والاختيار هما فطرة الإنسان ، وأن الترجمة القانونية لهذه الفطرة هى حقوق الفرد أو قدراته الإرادية . وعلى هذا النحو فإذا كان الإنسان يلتزم بما يجريه من تصرفات قانونية ، فإن لاجراء هذه التصرفات لا يعدو أن يكون ممارسة لقدراته الإرادية التى تثبتها له فطرته ، فإرادة الإنسان هى مصدر التزامه ، والتزام الإنسان بما لم يرده يجافى الفطرة ويتعارض مع

---

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٥ وما بعده .

ناموس الخليقة(١)، والقوة الملزمة للتصرف القانونى ليس لها من سند سوى سلطان الارادة (٢).

بل إن القانون الموضوعى ذاته — المتمثل فى قواعد عامة مجردة — يستمد سلطانه من مجموع إرادات أفراد المجتمع ، باعتباره تعبيراً عن إرادة كل منهم (٣). وهو بهذه المثابة لا يكون له من سلطان قبل من يعبر عن إرادة صريحة مخالفة له . ولذلك كان للتصرف القانونى أن يخالف القانون دون أن يكون للقانون مخالفة التصرف وكانت قواعد القانون فى الجملة قواعد مفسرة للإرادة الفردية .

حتماً إن القانون يعرف بعض القواعد يقال لها القواعد الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام والآداب ، لا يجوز الخروج عليها . ولكن هذه القواعد هى قواعد خادمة للحرية الفردية وحامية لسلطان الإرادة ، ولا تكتسب صفتها المذكورة إلا من قيامها بهذه الوظيفة وبقدر قيامها بها . ولذلك كان نطاق هذه القواعد مقصورا على القواعد التى تعين المجال القانونى لكل فرد وتمنع إرادته من تخطى المجال الخاص به إلى المجال الخاص بغيره من الأفراد .

وعلى هذا النحو فالتصرف القانونى يتمحض فى إرادة من الإنسان تهدف إلى إحداث أثر قانونى معين هو الالتزام ، والالتزام لا يعدو أن يكون تحديداً لحرية من يصدر عنه التصرف يفترض قبول الملتزم الخضوع

---

(١) فى هذ المعنى : عبد الرحمن عياد ، أساس الالتزام العقدى ، ص ٨٧؛ ما رتى ورينو، القانون المدنى ، جـ٢ ص ٣٠ وما بعدها . أنظر كذلك ، سمير تنا غو ، الالتزام القضائى ، ١٩٦٥ ، ص ٥٣ ومابعدها .

(٢) أنظر فى هذا الشأن : بلانيول وريبير ، القانون المدنى ، جـ ٦ ، بند ١٤ ؛ مارسيل فالين ، الفردية والقانون ، ١٩٤٩ ، ص ٢٠ — ٢٧ وص ١٦٩ وما بعدها؛ جونو ، مبدأ سلطان الارادة فى القانون الخاص ، ١٩١٢ ؛حلمى بهجت بدوى ، أصول الالتزامات ، ١٩٤٣ ، ١٩٤٢ ، بند ٤٠ وما بعده ، ص ٦٤ ومابعدها .

(٣) فالين ، المرجع السابق ، ص ١١٥ .

لإرادة من يتم الالتزام في مواجهته (١) . وعلى هذا النحو أيضاً فالتصرف القانوني هو «مظهر القوة الخلاقة للإرادة الخاصة في المجال القانوني »(٢).

٥٧ ــ ولما كان التصرف القانوني ينحل على هذا النحو إلى إرادة ــمجرد إرادة تحد من حرية صاحبها لصالح الغير ــ كان لابد من إيجاد مكان شرعي لأحكام الأهلية فى نظرية الإرادة ذاتها ، وتطويع هذه النظرية لمقتضيات هذه الأحكام . ولذلك فقد ذهب الفقه إلى أن انعدام الأهلية يعتبر قرينة على انعدام الإرادة ، وأن نقص الأهلية يعتبر قرينة على نقص الإرادة وأن كمال الأهلية يعتبر قرينة على كمال الإرادة(٣). وعلى هذا النحو يمكن ترتيب حكم التصرفات القانونية بالنظر إلى قواعد الأهلية . فتصرف عديم الأهلية من صغير دون سن التمييز ومن مجنون أو معتوه يعتبر باطلا لانعدام الإرادة لديه . وتصرف ناقص الأهلية من قاصر أو سفيه أو ذى غفلة يعتبر قابلا للإبطال لنقص الإرادة لديه . وتصرف كامل الأهلية ممن بلغ سن الرشد غير مصاب بعارض من العوارض السابقة هو وحده الذى يعتبر صحيحاً لاكتمال إرادته (٤) .

٥٨ــ ويبدو لنا أنه بصرف النظر عن مدى صحة اتخاذ سلطان الإرادة

---

(١) أنظر فى هذا المعنى ، وفى النظرية الارادية للالتزام بصفة عامة : كومباراتو ، محاولة فى التحليل المزدوج للالتزام فى القانون الخاص ، ١٩٦٤ ، ص ٢ ومابعدها

(٢) ونشيد ، الموسوعة ، الطبعة السابعة ، جـ ١ ، ص ٦٩ ، أشار اليه ريبج ، دور الارادة فى تكوين التصرف القانونى وفقاً للفقه الألمانى فى القرن التاسع عشر ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٥٧ ، ص ٢٢٦ .

(٣) أنظر فى صلة الأهلية بالارادة : هوان ، عدم الأهلية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٤٧ ، ص ٣٨٣ وما بعدها ؛ خاصة ص ٣٨٦ وما بعدها ؛ ريبج ، دور الارادة فى التصرف القانونى فى القانون المدنى الفرنسى والألمانى ، ١٩٦١ ، ص ١٦ وما بعدها ؛ مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ١ ، بند ٧٩١ وما بعده ، جـ ٢ ، بند ٨٦ وما بعده ؛ اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٨ ، بند ٩١ ، ص ١٧٤ .

(٤) فى هذا المعنى : عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، بند ١٣٢ ، ص ١٦٢ .

أتناساً للقوة الملزمة للتصرف القانونى ، فإنه يؤخذ على هذا الربط بين الإرادة وبين الأهلية أنه يخلط بين الإرادة «كمشيئة» مستظهرة فى لحظة من لحظات الزمن وبين الإرادة كحالة أو صفة مصاحبة للإنسان . فمما لا شك فيه أن الإرادة التى تكون جوهر التصرف القانونى هى مشيئة صاحب التصرف التى تصدر عنه فى لحظة زمنية معينة وتنفصل عنه فى هذه اللحظة . ومما لاشك فيه كذلك أن الأهلية فى أى من أوضاعها هى حالة لمن يتمتع بها تلازمه ولا تنفصل عنه بإصداره مشيئة أو أخرى فى لحظة معينة من لحظات الزمن . وهكذا يمكن أن يفهم قول الأستاذ هوان أن «تعبير القرينة على عيب الرضا يؤدى إلى إخفاء الصفة الشخصية لعدم الأهلية التى تتمثل فيها أصالتها » (١).

ولذلك فإذا كانت الإرادة هى مناط الأهلية فلابد أن يكون المقصود بهذه الإرادة لا المشيئة المستعلنة فى لحظة إبرام التصرف وإنما حالة الإنسان القادرة على إصدار مثل هذه الإرادة الأخيرة أوحالة الإنسان المتمتع بحرية توجيه إرادته . ومن ثم فإذا كان التصرف القانونى هو إرادة ، فلا يمكن أن تكون هذه الإرادة هى بذاتها الأهلية ، وإذا كانت الأهلية تقبل التبعيض بحيث يتصور أن نفارق بين أهلية كاملة وأهلية ناقصة وأهلية منعدمة فإن ذلك لا يستتبع بالضرورة التمييز فى صدد الإرادة المكونة للتصرف القانونى بين إرادة كاملة وإرادة ناقصة وإرادة منعدمة (٢) .

والواقع أن تحديد الإرادة المكونة للتصرف القانونى على هذا النحو وصرفها إلى مجرد المشيئة لابد بالضرورة أن يؤدى إلى القول بأن الإنسان قد أراد أو أنه لم يرد ، ولا مرحلة وسطى بين الوضعين . ولذلك فإنه لا يمكن تفسير المفارقة بين تصرفات عدم الأهلية وتصرفات ناقصها وتصرفات كاملها على أساس من الإرادة ، والقول بأن الأولى باطلة والثانية قابلة

---

(١) المقال السابق ، ص ٣٨٨ .

(٢) أنظر فى مناقشة الحالات المقول فيها بانعدام الارادة : ريبع ، المرجع السابق ، ص ١٦ وما بعدها .

للبطلان والثالثة صحيحة . فمنطق فكرة الإرادة يؤدى بالضرورة إلى إعطاء حكم واحد لتصرفات غير كامل الأهلية ، وهو البطلان إذا ما قلنا بانعدام الإرادة لديه والصحة إذا قلنا بتوافرها ، بحيث لا يكون هناك مجال لفصيلة التصرف القابل للإبطال .

٥٩ — على أنه إذا ما افترضنا إمكان التمييز بين إرادة كاملة وإرادة ناقصة وإرادة منعدمة تمشياً مع كمال الأهلية ونقصها وانعدامها ، على النحو المتقدم، فإن ذلك لا يكفى فى الواقع لتفسير حكم التصرفات القانونية من حيث الأهلية . ذلك أن هذا المنطق يؤدى كما هو واضح إلى القول بأن تصرفات ناقص الأهلية تكون دائماً وأبداً قابلة للإبطال ، لا صحيحة ولا باطلة ، لأن إرادته تكون ناقصة لا كاملة ولا منعدمة كذلك . غير أن أحكام الأهلية لا تجعل تصرفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال إلا إذا كانت دائرة بين النفع والضرر . أما إذا كانت نافعة نفعا محضاً فإنها تكون صحيحة بالرغم من أن الفرض هو نقص الإرادة لديه لا كمالها . وأما إذا كانت ضارة ضرراً محضاً ، فإنها تكون باطلة بطلانا مطلقاً ، بالرغم من أن الفرض كذلك هو نقص الإرادة لديه لا انعدامها .

كذلك فهذا المنطق يؤدى إلى بطلان أو إبطال تصرفات عديم الأهلية فى جميع الأحوال . ولكن الواقع أن تصرفات المجنون والمعتوه — والفرض أنه عديم الإرادة — لا تكون باطلة إذا صدرت قبل تسجيل قرار الحجر — وفقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدنى — إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها . وبالمثل فتصرفات السفيه وذى الغفلة — والفرض أنه ناقص الإردة — لا تكون باطلة أو قابلة للإبطال إذا صدرت قبل تسجيل قرار الحجر — وفقا لحكم المادة من ١١٥ من القانون المدنى — إلا إذا كانت قد صدرت نتيجة استغلال أو تواطؤ .

ومن الواضح أن القول بأن التصرف القانونى هو إرادة يقتضى القول بانعدام التصرف القانونى ، ومن ثم تخلف الإلزام كلما تخلفت الإرادة. ولذلك فإذا كان التصرف القانونى يوجد صحيحاً رغم انعدام الأهلية أو نقصها ، فلا بد بالضرورة من التسليم بأن مناط الأهلية — انعداماً ونقصاً وكمالا — ليس هو الإرادة ، وإلا لما أمكن تصور تصرف قانونى صحيح من عديم الإرادة أو ناقصها .

٦٠ — على أنه بصرف النظر عن مدى قدرة فكرة الإرادة على تفسير اختلاف حكم التصرف القانونى من البطلان إلى القابلية للإبطال إلى الصحة ، بحسب ما يتوافر لمن صدر عنه من أهلية ، فإنه لا يمكن أن يقدم تفسيراً لنفاذ التصرفات التى يجريها النائب عن غير كامل الأهلية باسمه ، فى حق هذا الأخير . ذلك أن الفرض أن الإرادة هى مصدر الإلزام وأنه بقدر ما يتوافر منها تكون الصحة ، فكيف يكون التصرف الذى يجريه النائب صحيحاً فى الوقت الذى تكون فيه إرادة الملتزم معدومة أو ناقصة ؟ إن اتخاذ سلطان الإرادة وحده أساساً للإلتزام بالتصرف القانونى يخالف المسلم من إلزام التصرفات التى يقوم بها النائب القانونى عن غير كامل الأهلية — بإرادته وباسم الأصيل — لمن ينوب عنه بمثل ما يخالف المسلم به من ثبوت الحق الناشىء عن هذا التصرف لعديم التمييز على نحو ما أشرنا اليه بصدد مناقشة فكرة الشخصية (١) . فمثل هذا الإلزام لا يمكن أن يكون له من سند سوى حكم القانون الموضوعى الذى يقضى بتعيين النائب القانونى ويجعل تصرفاته عن الأصيل ملزمة لهذا الأصيل .

وعلى هذا النحو السابق يمكن القول بأن التصرف القانونى إرادة ، فلا يوجد إذا تخلفت الإرادة . ولكن وجود الإرادة ، ومن ثم قيام التصرف

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٦ وما بعده .

القانونى ، لايعنى بالضرورة الإلزام بهذا التصرف ، إذا ماتخلف مناط هذا الإلزام . كذلك فوجود الإرادة وقيام التصرف لايعنى بالضرورة انصراف الإلزام به لمن صدرت منه هذه الإرادة .

٦١ — على أنه إذا كانت فكرة سلطان الإرادة كأساس للإلتزام بالتصرف القانونى تعجز عن تفسير أحكام الأهلية وماتستتبعه من نيابة قانونية على النحو المتقدم ، فإنها تؤدى إلى نتائج مخالفة لأحكام القانون الوضعى فى مناطق أخرى متعددة من نظرية التصرف القانونى تدور حول مشكلة الخلاف بين الإرادة الحقيقية والإردة المعلنة ، كما هو الحال فى عدم اعتداد القانون الوضعى بالتحفظ الذهنى بصفة عامة أو بالغلط غير المغتفر ، وكما هو الحال فى إغفال الإرادة الحقيقية فى التفسير إذا ما تعارضت مع المعنى العادى للتعبير الذى حملها إلى العالم الخارجى أو فى تمكين الغير من الاعتداد بالتصرف رغم صوريته (١) .

الارادة بمفهومها الاجتماعى :

٦٢ — أدى عجز الاتجاه المثالى ، المتعلق بمبدأ سلطان الإرادة، عن تفسير الحقائق السابقة — فيما يتعلق بالخلاف بين الإرادة الباطنه والإرادة الظاهرة — إلى ردود فعل مختلفة فى الفقه الألمانى وفى القضاء السويسرى . وقد تمخضت هذه التيارات عن اتجاه وضعى يأخذ الإرادة المكونة للتصرف القانونى بمفهوم اجتماعى يخالف مفهومها الفردى السابق .

أما الفقه الألمانى فقد ابتدع نظرية التعبير كمحاولة لتفادى التناقض الواضح فى هذا الصدد بين مبدأ سلطان الإرادة وبين حقيقة القانون الوضعى . وفحوى هذه النظرية أن العنصر المكون للتصرف القانونى هو التعبير عن الإرادة كحقيقة اجتماعية خارجية وليس الإرادة ذاتها كحقيقة نفسة داخلية، وأن دور الإرادة كحقيقة نفسية يقف عند إصدار التعبير ليتولى هذا

(١) أنظر فى تفصيل ذلك : عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٤٧ وما بعدها ؛ السنهورى، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، بند ٧٧ و ما بعده ، ص ١٩١ و ما بعدها .

التعبير من بعد ترتيب الآثار القانونية للتصرف (١). وعلى هذا النحو فمضمون التصرف لا يتحدد بما اتجهت اليه الإرادة الحقيقية وإنما بما تضمنه التعبير عنها على نحو يزول معه التناقض بين حقيقة التصرف القانونى أو ركنه وبين آثاره . فحقيته التصرف – أو ركنه – هى التعبير وآثار التصرف يحددها هذا التعبير .

ومن الواضح أن الإرادة النفسية فى هذا النظر يظل لها دور إصدار التعبير. ولذلك فالتعبير لا يكون له من أثر إلابقدر صدوره عن إرادة نفسية على نحو يمكن معه التمييز بين تعبير صادر عن إرادة كاملة وتعبير صادر عن إرادة ناقصة ، وتعبير لا تتواجد خلفه إرادة . وعلى هذا النحو فنظرية التعبير إن كانت تفسر أحكام القانون التى تغلب التعبير أو الإرادة المعلنة على الإرادة الحقيقية ، وتؤدى إلى وجوب عدم الاعتداد بالإرادة الحقيقية فى ترتيب آثار التصرف القانونى من البداية ، فإنها لا تختلف عن نظرية سلطان الإرادة فيما يتعلق بمشكلة الأهلية ولا تفسر مافى هذه النظرية الأخيرة من تناقضات كشفنا عنها . وبعبارة أخرى فهى تبقى على فكرة سلطان الإرادة . لتفسير مناط إلزام التصرف القانونى .

بل الواقع أن نظرية التعبير – وما دامت مشكلة الأهلية فيها مرتبطة بمشكلة الإرادة النفسية – تضيف تناقضاً جديداً إلى نظرية التصرف القانونى . فالنظرية فى أبعادها الحقيقية تؤدى إلى إهدار كل دور للإرادة الحقيقية وتعتد بالتعبير وحده(٢) ، على نحو يؤدى منطقاً إلى التزام عدم الأهلية

(١) أنظر فى تفصيل هذه النظرية : عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٨٥ وما بعدها ؛ منيال ، إعلان الارادة ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٠٢ ص ٥٤٥ ومابعدها ؛ ريج ، دور الإرادة فى التصرف القانونى فى القانون المدنى الفرنسى والألمانى ، المرجع السابق ، دور الارادة فى تكوين التصرف القانونى وفقاً للفقه الألمانى فى القرن التاسع عشر ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٥٧ ، ص ١٠٥ ؛ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، بند ٥٢ ، ص ٨٩ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى ، حلمى بهجت بدوى ، المرجع السابق ، بند ٥٧ ، ص ٨٩ وما بعدها.

بالتصرف القانونى الذى يصدر عنه . والحفاظ على الإرادة الحقيقية فى نظرية التصرف القانونى عن طريق القول بأنها هى التى تتولى إصدار التعبير ، لا يعدو أن يكون حفاظاً مصطنعاً ، الهدف الوحيد منه هو إيجاد تفسير لعدم التزام عديم الأهلية بما يصدر عنه من تعبير(١). ولكن الحفاظ على دور الإرادة على هذا النحو يؤدى إلى شرخ عميق فى نظرية التصرف القانونى . فكيف يمكن التسليم بأن الإرادة النفسية هى التى تصدر التعبير ، ثم يقال بعد ذلك بإغفال كل دور لها فى تحديد الآثار القانونية لهذا التعبير ؟ (٢) .

٦٣ — أما القضاء السويسرى فقد سلك فى معالجة التعارض بين الإرادة الحقيقية والإرادة المعلنة مسلكاً عملياً حاول فيه أن يوفق بين كل من هاتين الفكرتين . وقد كان من نتيجة ما بذل من محاولات لتنظير الحلول العلمية فى هذا الشأن ، ظهور نظرية أخرى تعرف فى الفقه بنظرية الثقة . وفحوى هذه النظرية يكمن فى إيجاد نقطة التقاء بين الإرادة كعنصر نفسى وبين التعبير كعنصر خارجى ، عن طريق القول بأن مناط إلزام التصرف القانونى هو الإرادة الممكن التعرف عليها(٣) . وعلى هذا النحو يكون الاعتداد بالإرادة الحقيقية رغم مخالفتها للتعبير كلما كان باستطاعة الموجة إليه التعبير التعرف عليها . ذلك أن اختلاف التعبير عن الإرادة الحقيقية لا يولد ثقة لدى الموجة إليه التعبير تخالف هذه الإرادة الحقيقية فى هذه الحالة . وعلى العكس من ذلك يكون الاعتداد بالإرادة المعلنة رغم ثبوت مخالفتها للإرادة الحقيقية كلما كان من غير الممكن للموجة إليه التعبير أن يتعرف على هذه الإرادة الأخيرة . ذلك أن التعبير يولد لدى الموجة اليه ثقة فيما احتواه فى هذه الحالة.

ولا شك أن هذه النظرية تؤدى إلى حلول عملية وعادلة فيما يتعلق بمشكلة الخلاف بين الإرادة الحقيقية والإرادة المعلنة . فهى تؤدى إلى الاعتداد

---

(١) ريج ، المقال السابق ؛ عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٩٢ .

(٢) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٩٣ .

(٣) فى شرح هذا المعنى ، أنظر عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٩٨ وما بعدها .

بالتحفظ الذهني كلما كان الموجة إليه الإعلان عن الإرادة يعلم به وإهداره كلما كان يجهله . وهى فى حالة التصرف الصورى تفارق فى المعاملة بين طرفى التصرف اللذان يعلمان صوريته وبين الغير الذى يجهلها . وهى تؤدى كذلك إلى نتائج عادلة فيما يتعلق بالتفسير تتفادى ما فى الاعتداد بالإرادة الحقيقية أو بما يؤدى اليه التفسير الموضوعى المجرد للتعبير — أحدهما أو الآخر — من تطرف (١) .

كذلك فهذه النظرية تفسر جانباً من أحكام الأهلية . فهى تفسر بطلان تصرفات المجنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر كلما كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها ، وصحتها إذا لم تكن حالة الجنون أو العتة شائعة ولم يكن الطرف الآخر على بينه منها . ففى الحالة الأولى لا يولد التعبير ثقة لدى الطرف الآخر . وفى الحالة الأخرى يولد التعبير مثل هذه الثقة .

وهى تفسر كذلك بطلان تصرفات السفيه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر كلما كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ ، وصحتها إذا ما انعدم الاستغلال والتواطؤ . ففى الحالة الأولى لا يكون التعبير مولداً لثقة لدى الموجة اليه ، وفى الحالة الأخرى يكون التعبير مولدا لمثل هذه الثقة .

غير أن نظرية الثقة لا تفسر كل أحكام الأهلية (٢) . ذلك أن منطقها يؤدى إلى التزام غير كامل الأهلية بتصرفه كلما كان الموجة اليه التعبير

---

(١) فى تفصيل ذلك ، أنظر : عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٠٤ ومابعدها .

(٢) كذلك فمنطق هذه النظرية يتضمن قسوة فيما يفرضه من حلول لمشكلة عيوب الارادة. فهو يؤدى إلى عدم الاعتداد بالغلط مثلا كلما كان الموجه اليه التعبير يجهل وقوع صاحبه فى الغلط حتى ولو لم يكن هذا الأخير مقصراً فى كشف الحقيقة التى وقع بشأنها الغلط المذكور . فى هذا المعنى ، أنظر عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

الصادر عنه يجهل انعدام الأهلية أو نقصاً ، فيهدر بذلك مايكفله القانون لمن لم يبلغ سن الرشد من حماية موضوعية لاتتأثر بمركز الطرف الآخر فى التصرف ومدى علمه أو جهله بعدم كمال أهلية صاحب التعبير (١) . ولذلك فالقضاء السويسرى لم يستطع مجاراة منطق هذه النظرية إلى منتهاه فى هـذا الصدد (٢) . أما إذا كان الموجه اليه التعبير يعلم انعدام الأهلية أو نقصها ، فهى تؤدى إلى ذات النتائج التى يؤدى اليها مبدأ سلطان الإرادة بكل ما يرد عليها من تحفظات(٣). ومرجع ذلك بالطبع أن الإرادة الممكن التعرف عليها فى هذه الحالة تكون هى الإرادة الباطنة أوالحقيقية ذاتها.

وخلاصة القول أن أخذ الإرادة بمفهوم اجتماعى لا يعدو أن يكون محاولة محمودة لتطويع نظرية سلطان الإرادة تطويعاً يقرب بينها وبين أحكام القانون الوضعى فيما يتعلق بمشكلة اختلاف الإرادة الباطنة عن الإرادة الظاهرة، وأنه مهما كان نجاحها فى حل هذه المشكلة فهى لا تحل التناقض الذى سبق أن أوضحناه بين أحكام الأهلية وبين هذا المبدأ .

ضرورة التمييز بين مناط الالزام ودليل وقوعه :

٦٤ — لعله يتضح مما تقدم أن مبحث أساس الالتزام الإرادى لايثير مشكلة واحدة — كما يبدو لأول وهله من المنهج الذى درج عليه الفقه فى مواجهته — وإنما يثير فى الواقع مشكلتين منفصلتين ، هما مشكلة مناط الإلزام بالتصرف القانونى ومشكلة دليل وقوعه أو الواقعة المسببة له . والمشكلة الأولى — فيما يبدو — هى المشكلة المسيطرة على التصوير الفردى للإرادة فى مواجهته لأساس الإلتزام الإدارى . والمشكلة الأخرى هى المشكلة المسيطرة على التصوير الاجتماعى للإرادة فى مواجهته لهذا الأساس . ولذلك

---

(١) فى هذا المعنى : عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق، ص ١٠٥ .

(٢) أنظر فى ذلك : عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

(٣) أنظر ما سبق ، بند ٥٨ ، ٥٩ .

كان طبيعياً أن تضطرب حلول كل من المشكلتين — على حد سواء — فى هذا التصوير وذاك . ولذلك أيضاً فيبدو لنا أن نقطة البداية فى الوصول إلى تصوير مقبول لمشكلة مناط الإلزام بالتصرف القانونى تكمن فى الفصل بينها وبين مشكلة دليل وقوع الإلزام بهذا التصرف ، والكشف عن منشأ مواجهة الفقه لهما فى مدرك واحد هو مدرك أساس الإلتزام الإرادى ، على الرغم من انفصالهما فى الحقيقة انفصالا يجعل هذا المدرك غير قادر على توفير الحلول المنطقية لكل منهما .

والواقع — فيما يبدو لنا — أن منشأ هذا المدرك «المغلوط» — مدرك أساس الإلتزام الارادى — هو الخلط بين الإلزام القانونى والإلزام الأدبى واستعارة مدرك يفسر الأخير لتفسير الأول نتيجة لهذا الخلط . فالإلزام الأدبى هو إلزام ذاتى داخلى أو هو إلزام الشخص نفسه النابع من ضميره . وهو بهذه المثابة يجد مناطه فى توافر الوعى لدى الشخص ويجد دليل وقوعه فيما يشعر به المرء من داخله ، على نحو يحقق الوحدة بين مناط الإلزام ودليل وقوع هذا الإلزام ويمكن من مواجهة الفكرتين فى مدرك واحد هو مدرك أساس الإلزام الأدبى . وقد درج الفقه المثالى — بنظرته الشخصية للقانون — على النظر إلى الإلزام القانونى كإلزام أدبى يتوافر له عنصر الجزاء الاجتماعى(١) . ولذلك كان طبيعياً أن تمتد إلى الإلزام القانونى — فى هذا الفقه — كثير من مدركات الإلزام الأدبى ومن بينها مدرك أساس الإلتزام الإرادى(٢) . وعلى العكس من ذلك فقد درج الفقه الوضعى — بنظرته الموضوعية للقانون — على النظر إلى الإلزام القانونى نظرة متميزة تماماً عن الإلزام الأدبى . ولذلك كان طبيعياً أن يواجه هذا الفقه صعوبة فى العثور على مكان ثابت لمناط الإلتزام الإرادى فى إطار تصوره لأساس هذا الإلتزام (٣) .

---

(١) أنظر فى هذا الصدد : منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، بند ١٦ ، ص ٣٩ وما بعدها .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٥٦ ومابعده .

(٣) أنظر ماتقدم ، بند ٦٢ وما بعده .

وحقيقة الأمر أن الإلزام القانونى لايتميز عن الإلزام الأدبى بمجرد توافر الجزاء الاجتماعى له ، وإنما يتميز عنه بالغاية منه . فالغاية من الإلزام القانونى ذاتها ليست غاية فردية تتعلق بذات الشخص الملزم — كما هو الحال فى الإلزام الأدبى — وإنما هى غاية اجتماعية تتعلق بالنظام الاجتماعى (١) . فبينما نجد «الفضيلة» هى غاية الإلزام الأدبى ، فإننا نجد «العدل» هو غاية الإلزام القانونى (٢). ومن هنا كان لابد أن يختلف دليل وقوع الإلزام القانونى عن دليل وقوع الإلزام الأدبى ، فلا يتحدد هذا الدليل بما يشعر به الإنسان أو بما تقتضيه الفضيلة كما هو الحال فى الإلزام الأدبى ، وإنما يتحدد بما يقتضيه النظام الاجتماعى أو بما يقتضيه العدل فى المجتمع (٣) . وهذا مايفسر اختلاف دليل وقوع الإلزام بالتصرف القانونى — باعتباره إلزاماً قانونياً — عن دليل وقوع الإلزام الأدبى.

غير أن الإلزام القانونى لا يختلف عن الإلزام الأدبى فى مناطه ، وإن اختلف عنه فى دليل وقوعه . ذلك أن الإلزام — وسواء كان أدبياً أو قانونياً — لا يكون بالضرورة إلا مما يستطيع الإنسان أن يحسه ويستبينه . ولذلك فالالزام أدبياً كان أوقانونياً — يفترض الوعى أو الإدراك ، ومناط الألزام القانونى هو بذاته مناط الإلزام الأدبى على الرغم من اختلاف دليل وقوع كل منهما . فالقانون — مثله فى ذلك مثل الاخلاق — هو مجموعة من القواعد معقولة ومعترف بها من الأفراد (٤) والإلزام — بصرف النظر عن الغاية منه وعن نطاقه — هو دائماً حالة نفسية (٥) .

---

(١) رينيه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ وما بعدها .

(٢) ويلاحظ أننا لانفرق فى هذا الصدد بين الأخلاق والقانون الوضعى ، وإنما نفرق بين فكرة الأخلاق — مثالية كانت هذه الأخلاق أو وضعية — وبين فكرة القانون — وضعياً كان كذلك أو مثالياً . كذلك يلاحظ أننا لا نقصد فى هذا الصدد معنى معيناً من معانى العدل ، وإنما نقصد العدل بأى معنى من معانيه ، خاصاً كان أو عاماً ، فردياً كان أو اجتماعياً ، تبادلياً كان أو توزيعياً .

(٣) رينيه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٢٨ ومابعدها .

(٤) المرجع السابق ، ص ٣٣ .

(٥) المرجع السابق فى الموضع السابق .

وعلى هذا النحو السابق تنفصل مشكلة مناط الإلزام القانونى عن مشكلة دليل وقوعه - خلافا لما عليه الحال فى الإلزام الأدبى - ويصبح مدرك أساس الإلزام غير صالح لكفالة الحلول المتناسقة لمشكلتى المناط ودليل الوقوع فى مجال الإلزام القانونى ، رغم صلاحيته لذلك فى مجال الإلزام الأدبى .

وعلى هذا النحو أيضاً يمكن القول أولا بأن التصوير الفردى للإرادة - أو مذهب سلطان الإرادة - يمثل الخلط بين الإلزام الأدبى والإلزام القانونى ، ويمكن القول ثانياً أن التصوير الاجتماعى للإرادة - نظريات التعبير والثقة - يمثل الفصل بين الإلزام الأدبى والإلزام القانونى ، ويمكن القول ثالثاً بأن حقيقة الإلزام القانونى وفيصل التفرقة بينه وبين الإلزام القانونى يفترضان التفرقة بين مناط هذا الإلزام وبين دليل وقوعه. فمناط الإلزام القانونى كمناط الإلزام الأدبى هو الذات الواعية المفكرة. ودليل وقوع الإلزام القانونى يؤخذ بمعيار اجتماعى ، خلافاً لدليل وقوع الإلزام الأدبى الذى يؤخذ بمعيار ذاتى.

٢ - التمييز بين مناط الالزام بالتصرف القانونى ودليل وقوعه

٦٥ - يقول الأستاذ كربونييه فى بحثه عن ماهية الإرادة (١) « إن المرء ليأسف من أن التقنين المدنى بتركيزه على فكرة الرضاء فى المادة ١١٠٨ قد أطلق العنان للمبالغات النفسية وحاد بفقهاء القانون المدنى عن دراسة الواجبات المتعلقة باستعمال العبارة (Parole) ، التى تمثل منهجاً أكثر موضوعية وأكثر اجتماعية فى تناول العقد » . فالأستاذ كربونييه يوجه بهذه العبارة نظر الفقه إلى ما يمكن أن يؤدى اليه النظر إلى الإرادة المنشئة للالتزام - والتى يتمثل فيها التصرف القانونى من جهة ما ترتبه من مسئولية على عاتق صاحبها قبل الغير ، لا من جهة ما لها من سلطان داخلى عليه ، ومن ثم من جهة الإلزام القانونى لا من جهة الإلزام الأدبى .

وهذا المنطلق وحده هو الذى يمكن من تمييز الإلزام القانونى بالتصرف

---

(١) القانون المدنى ، جـ ٤ ، ١٩٦٩ ، ص ٦٠ .

القانونى عن الإلزام الأدبى بهذا التصرف وجلاء مبحث أساس هذا الإلزام بالكشف عما يختلط فيه من مشاكل متمايزة والإمساك بالحلول المتباينة التى التى يفرضها جوهر كل مشكلة منها .

فقد رأينا أن هناك مشكلتان إن أمكن إدماجهما فى مشكلة واحدة فى مجال الإلزام الأدبى ، فانهما تنفصلان بالضرورة فى مجال الإلزام القانونى ، هما مشكلة مناط الإلزام ومشكلة دليل وقوعه . فمناط الإلزام — أدبياً كان هذا الإلزام أو قانونياً — هو الوعى والإدراك . وهو بهذه المثابة دائماً وأبداً مناط ذاتى . أما دليل وقوع الإلزام فيتحدد على أساس الغاية منه ، وما إذا كانت هذه الغاية غاية فردية أو غاية اجتماعية . فكلما كانت الغاية فردية — كما هو الحال فى الإلزام الأدبى — كان لابد أن يؤخذ دليل وقوع الإلزام بالمعيار الذاتى . وكلما كانت الغاية اجتماعية — كما هو الحال فى الإلزام القانونى — كان لابد أن يؤخذ دليل وقوع الإلزام بالمعيار الاجتماعى .

ومن الواضح أن النظر إلى الإرادة المكونة للتصرف القانونى من جهة ما تستتبعه من مسئولية قانونية قبل الغير يمكن من الفصل بين مناط الإلزام بالتصرف القانونى وبين دليل وقوع هذا الإلزام . فطالما كان الأمر متعلقاً بمسئولية الشخص القانونية قبل الغير — لا بمسئولية الشخص قبل نفسه — فلابد أن يؤخذ دليل وقوع الإلزام بمعيار اجتماعى لا بمعيار ذاتى . ولكن مناط الإلزام يظل مع ذلك مناطاً ذاتياً . ذلك أن مناط المسئولية القانونية قبل الغير هو الوعى والإدراك كالمسئولية قبل الذات سواء بسواء . وبعبارة أخرى فالمسئولية القانونية تجد دليل وقوعها فيما يولده التصرف من ثقة لدى الغير وتجد مناطها فى المسئولية الأدبية لصاحب التصرف .

وقد سبق أن رأينا أن جهود كل من نظرية التعبير ونظرية الثقة هى فى حقيقتها جهود فى اتجاه المفارقة بين الالزام الأدبى والإلزام القانونى ،

وأخذ هذا الأخير بمعيار اجتماعى . كل ما فى الأمر أن هذه النظريات لم تدرك أن مثل هذا المسلك من شأنه أن يباعد بين مشكلة دليل وقوع الإلزام القانونى وبين مشكلة مناط هذا الإلزام ، أكثر مما يؤدى إلى القضاء على هذه المشكلة الأخيرة أو إلى أخذها بذات المعيار الاجتماعى الذى تؤخذ به مشكلة نطاق الإلزام .

٦٦ — ويبدو أن منهج التفرقة بين دليل وقوع الإلزام القانونى وبين مناط هذا الإلزام قد بدأ يجد طريقه بالفعل إلى الفقه المعاصر . وهذا ما يتضح من الإشارة السريعة لمؤلف الدكتور عبد الرحمن عياد فى «أساس الإلتزام العقدى» .

فالدكتور عياد يبدأ من مقدمة مسلمة هى أن الإرادة لا تنتج أى أثر ما دامت لم تنفصل عن نفسية صاحبها ولم تبرز إلى العالم الخارجى ، فيقرر أن التعبير عن الإرادة عنصر ضرورى للالتزام بالتصرف القانونى (١) ، ثم ينظر فى جوهر هذا العنصر أو فى أثره فيرى فيه مجرد واقعة تدعو الموجه إليه إلى التصرف على نحو معين اعتماداً على هذا التعبير (٢) . وهو على هذا النحو يأخذ دليل وقوع الإلزام بالتصرف القانونى بمعيار اجتماعى هو معيار مايولده التعبير عن الإرادة من ثقة لدى الموجه اليه هذا التعبير (٣).

وإلى هنا يتفق الدكتور عياد فى تحليله مع منطق نظرية الثقة ، فيعتد بالتعبير كلما كان قد ولد ثقة فى نفس الموجه إليه — وفى حدود ما ولدة من ثقه — ولا يعتد به كلما تخلفت هذه الثقة . غير أنه مع ذلك لا يقف عند ما تؤدى إليه هذه النظرية من أن علة الإلزام بالتعبير الموجه تتصل بما يحدثه التعبير المذكور من أثر لدى الموجه إليه ، وإنما يعتبر هذا الأثر بمثابة عنصر أول فى التصرف القانونى ، ويعود بعد ذلك إلى بحث موقف من

---

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ .
(٢) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ .
(٣) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ .

صدر عنه التعبير . فإذا وما تولدت ثقة لدى المخاطب من التعبير الذى وجه اليه على النحو السابق ، فإن الخطوة المنطقية التالية هى فى التساؤل عمن يلزم بتحقيق أثر هذه الثقه» . وفى هذا الصدد يجيب بأن من يلزم بتحقيق هذا الأثر هو «الشخص الذى تسبب بنشاطه فى إحداثها وتوافرت مسئوليته عن هذا النشاط ، وتوافر المسئولية يقتضى أن يكون الشخص متمتعاً بالإدراك أى بالقدرة على فهم ماهية أفعاله وتقدير نتائجها ، ولمن تكون لديه حرية الاختيار أى القدرة على إتيان الفعل أو الامتناع عنه ..»(١). ومن ثم فالمسئولية ، بمعنى توافر الإدراك وحرية الاختيار ، هى الركن الثانى فى التصرف القانونى كما يتصوره الدكتور عياد . وهو على هذا النحو يبقى على مناط الإلزام بالتصرف القانونى ويعطيه مفهوماً مستقلا ومتميزاً عن مفهوم دليل وقوع هذا الإلزام .

وعلى هذا النحو فهذا الاتجاه يجد مكاناً شرعياً لأحكام الأهلية اللازمة لصحة التصرف القانونى داخل فكرة التصرف القانونى دون ربطها «بالإرادة» المكونة لهذا التصرف ، وهى الإرادة المولدة للثقة . وهو بذلك يوجد أساساً للمغايرة فى الحكم بين تصرفات عديم الأهلية وتصرفات ناقص الأهلية ، ثم بين تصرفات ناقص الأهلية ذاتها.

فالتصرف الذى يكون أحد طرفيه عديم التمييز والآخر مميز لا يعد قائماً ، لأن انعدام التمييز يمنع من توافر ركن المسئولية لدى عديم التمييز عن تصرفاته ويمنع من توافر ثقة الطرف الآخر فى هذه التصرفات . وكذلك التصرف الذى يوجهه المميز لعديم التمييز لا يكون قائماً لعدم إمكان أن يتولد عنه ثقة لدى عديم التمييز بالرغم من توافر الركن المعنوى .

أما التصرف الذى يكون أحد طرفيه ناقص التمييز فيختلف حكمه . فإذا كان صادراً من ناقص التمييز للمميز تخلف ركنه المعنوى ، مما يفسر بطلان التزام ناقص التمييز . وإذا كان صادراً من المميز كان ركنه المعنوى

---

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٥١ .

متوافر وأمكن القول بتوافر ركنه المادى لأن ناقص التميز يمكن أن تتولد لديه ثقة فى تعبير الطرف الآخر ، مما يفسر صحة الالتزام فى مواجهة ناقص التميز (١) .

٦٧ — وقد يبدو لأول وهلة أن هذا الاتجاه يمحو كل أثر للإرادة فى التصرف القانونى ليحل محلها فكرة المسئولية . غير أن الواقع أن ما يسميه بالمسئولية ليس فى الحقيقة سوى الإرادة ذاتها منظوراً إلى هذه الإرادة لا من جهة ما تتمتع به من سلطان وإنما من جهة ما تستتبعه من تكليف صاحبها . فهو يقرر أنه : «لا أحد يجادل على وجه الاحمال فى أن من الصواب أن يتحمل الشخص التزاماً إذا ما قبل أن يلتزم وأنه لا يجوز إلزام الشخص رغماً عن إرادته » (٢) ، ثم يتساءل عن علة التزام الشخص بإرادته الأولى وعدم استطاعته العدول عنها بإرادة لاحقة ، وعن سر ما نلمسه من صحة نسبية فى بعض تطبيقات مذهب الإرادة ، ويجيب على هذا التساؤل بأن «هذا السر ينكشف بجلاء من مقارنة الإرادة والمسئولية التى هى قوام الركن المعنوى ... فالتعبير الذى تصدره الإرادة ويعد من ثم عملا إرادياً عمدياً ، يولد الالتزام ، لا لأن الإرادة ذات سلطان ، ولكن لأن هذا التعبير يحرك بصفة عامة مسئولية صاحبه» (٣).

على أنه من الجدير بالذكر أن نلاحظ فى هذا الصدد أن الدكتور عياد لا يقصد بالإرادة — فيما يبدو — الإرادة المكونة للتصرف القانونى والتى تستظهر فى لحظة زمنية معنيه وإنما الإرادة الملازمة للشخص، أو بعبارة أخرى حالة الشخص القادر على أن يريد ، والتى تتوافر لديه وقت إصدار التصرف. فهو يفرق فى هذا الصدد بين الإرادة بمعنى المشيئة والإرادة بمعنى المسئولية (٤) . فالإرادة التى يقصدها ليست هى الإرادة بمعنى المشيئة

---

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ و ٢٩٢ .
(٢) عبد الرحمن عباد ، المرجع السابق ، ص ١٧٣ .
(٣) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ .
(٤) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ص ١٧٥ — ١٧٧ .

على نحو ما يتصوره مبدأ سلطان الإرادة وإنما هي الإرادة بمعنى المسئولية. والإرادة بمعنى المسئولية في نظرة أوسع من الإرادة بمعنى المشيئة. وترتيباً على ذلك فالإرادة بمعنى المسئولية ليست مجرد كيف كما هو الحال في الإرادة بمعنى المشيئة وإنما هي كم وكيف في آن واحد. وترتيباً على ذلك فالإرادة بمعنى المسئولية يمكن أن تفسر تعديل العقد علاجاً لما قد يكون فيه من غبن مصاحب لنشأته أو لاحق لهذه النشأة بفعل الظروف الطارئة، مما تعجز الإرادة بمعنى المشيئة عن تفسيره (١).

٦٨ — ويبدو لنا من هذا العرض السريع لهذه النظرية أنها توجه النظر بالفعل إلى حقيقة مشكلة الالتزام الإرادى. ولكن يبدو لنا كذلك أنها تتضمن قدراً كبيراً من الغموض والتجاوز نتيجة لخلطها بين المعنى الفلسفى لفكرة المسئولية والمعنى القانونى لها.

فأما أنها توجه النظر إلى حقيقة أساس الالتزام الإرادى، فهو ما يرجع إلى أنها تميز بين مشكلة دليل وقوع الإلزام ومشكلة مناطه وتأخذ الأول بمعيار اجتماعى وتأخذ الآخر بمعنى ذاتى. فدليل وقوع الإلزام ينظر فيه، لا إلى ما للإرادة من سلطان ذاتى، وإنما إلى ما يستتبعه قيامها من مسئولية صاحبها قبل الغير ومدى هذه المسئولية. ذلك أن الإرادة إذا ما استظهرت للغير وولدت لديه ثقة تحرك مسئولية صاحبها عن تحقيق ما تضمنته من تعهد. وبعبارة أخرى فدليل وقوع الإلزام ينظر فيه إلى جهة من يتحقق الإلزام فى مواجهته لا إلى جهة الملزم ذاته.

أما مناط الإلزام فلا ينظر فيه إلى جهة الغير وإنما إلى جهة الملزم. فالسبب المنشىء للمسئولية — وهو العبارة المولدة لثقة الغير — أمر، ومناط تعلق هذه المسئولية بمن تبحث مسائلته أمر آخر. فسبب الإلزام هو التصرف

---

(١) عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص ١٧٩ وص ٣٢٩ وما بعدها، ص ٣٥٠ وما بعدها، ص ٣٦٦ وما بعدها.

ذاته ، بينما مناط هذا الإلزام يوجد فى داخل صاحب التصرف أو فى وعيه وإدراكه (١).

ولاشك أن التمييز بين دليل وقوع الإلزام ومناطه على هذا النحو من شأنه أن يمكن من إيجاد مكان لأحكام الأهلية خارج جوهر التصرف القانونى ، ويمكن بذلك من تفسير اختلاف حكم تصرف غير كامل الأهلية باختلاف نوع التصرف ذاته . فالتصرف يوجد دائماً بمجرد توافر العبارة المولدة للثقة ، سواء كان من صدرت عنه هذه العبارة متمتعاً بالأهلية أو كان غير متمتع بها ، وبصرف النظر عن نوعية التصرف الذى تحمله هذه العبارة . ولكن وجود التصرف على هذا النحو ليس معناه بالضرورة التزام من صدر عنه به . فحتى يتوافر هذا الالتزام ، لابد أن يتوافر عنصر آخر خارج عن حقيقة التصرف ، هو مناط الإلزام به . وهذا المناط يمكن أن يختلف باختلاف نوعية التصرف ذاته .

وهذا التمييز بين دليل وقوع الإلزام وبين مناطه يمكن كذلك من تفسير اختلاف حكم تصرف غير كامل الأهلية الذى ينعدم لديه التمييز عن حكم تصرف غير كامل الأهلية المميز . ذلك أن تصرف عديم التمييز لا يعتبر مجرد تصرف صادر عن غير ذى أهلية وإنما يعتبر تصرفاً منعدما من الأصل. فعديم التمييز من صغير أو مجنون أو معتوه — خلافاً للمميز غير المتمتع بالأهلية من قاصر ومن فى حكمه — ليس لعبارته معنى ولا يمكن أن تولد هذه العبارة ثقة لدى الغير الذى توجه إليه . وهو كذلك لا يستطيع أن يفهم معنى معيناً من العبارة الموجهة إليه من الغير ولا يمكن أن تتولد لديه ثقة

---

(١) وقريب من التمييز بين وقوع الإلزام ومناطه مايذهب اليه الدكتور جمال الدين زكى (المرجع السابق ، بند ٢٨٢ ، ص ٤٣٩) من تعريف أهلية الأداء بأنها «هى صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى عنه على وجه يعتد به قانوناً » . فهذا التعريف يتضمن فى الواقع التسليم بأن غير ذى الأهلية يمكن أن يصدر منه تصرف قانونى وإن كان هذا التصرف لايعتد به قانوناً لعدم توافر الصلاحية لذلك لديه . وفى ذات المعنى اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ، ص ١٩٦ .

من هذه العبارة (١) . ومن ثم فانعدام التمييز لا يقتصر أثره على تخلف مناط الإلزام بالتصرف القانونى وإنما يمتد كذلك إلى تخلف دليل وقوع هذا الإلزام ، وهو الثقة المتولدة عن العبارة . وهذا هو المعنى الحقيقى للقول الشائع بأن عديم التمييز تنعدم لديه الإرادة .

وعلى هذا النحو يمكن القول بأن عديم التمييز ينعدم لديه مناط الإلزام بالتصرف القانونى ، ويستحيل أن يتوافر فى مواجهته دليل وقوع هذا الإلزام فى آن واحد . أما المميز غير المتمتع بالأهلية ، فينعدم لديه مناط الإلزام بالتصرف القانونى ، ويمكن أن يتوافر فى مواجهته دليل وقوع هذا الالزام . ذلك أن عبارته تحمل معناها الذى يمكن أن يفهم منها ، ويمكن من ثم أن تولد ثقة لدى الغير الذى توجه إليه . وبالمثل فهو يفهم ما تحمله عبارة الغير من معنى ويمكن أن تتولد لديه ثقة من هذه العبارة .

٦٩ — وإذا صح هذا التحليل المتقدم ، فإن التساؤل لابد أن يثور عن تفسير صحة تصرفات المحجور عليه لعارض من عوارض التمييز أو الأهلية إذا ما صدرت قبل تسجيل قرار الحجر ، فى الحدود التى تكون فيها هذه التصرفات صحيحة . ويبدو لنا أنه من الجوهرى أن نفرق فى هذا الصدد بين تصرفات المجنون والمعتوه التى تتناولها المادة ٢/١١٤ من القانون المدنى ، وبين تصرفات السفيه وذى الغفلة التى تتناولها المادة ٢/٦١٥ منه .

فأما تصرفات المجنون والمعتوه فقد يبدو من صياغة نص المادة ٢/١١٤ أن الأصل هو صحتها وأن الاستثناء هو بطلانها ، مما يتعارض مع القول بأن تصرف عديم التمييز يعتبر غير قائم . ذلك أن هذا النص يجرى على أن تصرف المجنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر لا «يكون باطلا إلا إذا

---

(١) قرب : عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق فى الموضع السابق ؛ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، بند ٩١ ، ص ١٧٣ .

كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها» . غير أن الواقع أن التأمل فى نص المادة ٢/١١٤ يكشف عن أن تصرفات المجنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر تكون باطلة فى جميع الأحوال متى ثبت وجود حالة الجنون أو العته وقت إجراء التصرف . ذلك أنه فى غيبة قرار مسجل بالحجر ، فإنه يستحيل معرفة ما إذا كان الشخص مجنوناً أو معتوهاً ما لم تكن حالة الجنون أو العته معروفة للكافة ممن يحيطون به أو على الأقل معروفة لمن يتعامل معه . ولذلك يمكن القول بأن نص المادة ٢/١١٤ لا يقرر فى الواقع مبدأ صحة تصرفات المجنون والمعتوه بالرغم من جنونه أو عتهه ، وإنما يضع حكماً متعلقاً بإثبات حالة الجنون أو العته عند إبرام التصرف . وهذا الحكم من بعد يتفق تماماً مع الواقع من كون الجنون والعته حالة داخلية لا يمكن التعرف عليها إلا من خلال ما يكون لها من مظاهر خارجية يمكن أن يلمسها من يتعامل معه أو يمكن أن يلمسها غيره ممن يحيط به (١) .

والواقع أن الفارق بين حكم تصرف المجنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر وبعده لا يكمن فى أن التصرفات السابقة على تسجيل قرار الحجز تكون صحيحة بحسب الأصل على الرغم من قيام الجنون أو العته خلافاً للتصرفات اللاحقة ، وإنما فى أن إبطال الأولى يقتضى إثبات توافر الجنون أو العته وقت إجراء التصرف بالذات، بينما إبطال الأخرى لا يقتضى أكثر من إثبات صدورها بعد تسجيل قرار الحجز ، حتى ولو ثبت من بعد أن المجنون أو المعتوه كان فى حالة إفاقة موقتة وقت إبرام التصرف .

أما تصرفات السفيه وذى الغفله قبل تسجيل قرار الحجرفيبدو كذلك من صياغة نص المادة ٢/١١٥ أن الأصل هو صحتها وأن الاستثناء هو بطلانها. ولكن هذا الذى يبدو من صياغة النص يتفق تماماً مع جوهره — خلافاً

---

(١) فى هذا المعنى اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، بند ٥٢ ، ص ٩٥ .

للنص المتعلق بالمجنون والمعتوه — كما يتفق تماماً مع تحليلنا السابق ذكره. فالمشكلة التي تثيرها صحة تصرفات السفيه وذي الغفلة ليست مشكلة وجود التصرف — إذ التصرف يكون موجوداً — وإنما هي مشكلة توافر أو عدم توافر مناط الإلزام بهذا التصرف. أما المشكلة التي تثيرها صحة تصرفات المجنون والمعتوه فهي — قبل ذلك — مشكلة وجود هذا التصرف.

فالمادة ٢/١١٥ تجرى على أن تصرف السفيه وذى الغفلة الصادر قبل تسجيل قرار الحجز لا «يكون قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ». فالمشرع إذن لا يفرق بين بطلان التصرف وبين شيوع حالة السفه أو الغفلة أو علم الطرف الآخر فى التصرف بها وإنما بين البطلان وبين ثبوت الاستغلال أو التواطؤ. ومعنى ذلك أن المشرع — خلافا لحالة الجنون والعته — يسلم بقيام تصرف السفيه وذى الغفلة وإن كان يعلق الإلزام به على انتفاء الاستغلال والتواطؤ. ومن ثم فشكلة تصرف السفيه وذى الغفلة ليست مشكلة وجود هذا التصرف وإنما هى مشكلة مناط الإلزام به (١).

٧٠ — وأما أن هذه النظرية تتضمن غموضاً وتجاوزاً فهو ما يرجع إلى أن صاحبها يخلط بين المعنى الذاتى — الفلسفى — للمسئولية وبين معناها القانونى (٢)، ويعبر بفكره المسئولية تارة عن ركن التصرف وتارة عن مناط الإلزام بالتصرف وتارة ثالثة عن نطاق الإلزام بالتصرف (٣).

ولتوضيح ذلك نبادر إلى القول بأن المسئولية بالمعنى الذاتى الفلسفى هى مناط الإلزام الإرادى، وهى لا تعدو فى الواقع أن تكون «أهلية التكليف».

---

(١) أنظر ما يلى، بند ٧٨ وما بعده.

(٢) راجع فى هذه التفرقه، كومباراتو، المرجع السابق، ص ١١١، دلفيكيو، فلسفة القانون، ١٩٥٣، ص ٢٦٤ وما بعدها.

(٣) يلاحظ فى هذا الصدد أن نطاق الإلزام يرتبط بدليل وقوعه. فدليل وقوع الإلزام هو الذى يحدد نطاق هذا الإلزام.

وهذه المسئولية تتميز تماماً عن العبارة التى هى ركن التصرف ، كما تتميز كذلك عن نطاق الإلزام بالتصرف ، ذلك النطاق الذى يتحدد بما يولده التصرف من ثقة لدى الغير والذى تتمثل فيه المسئولية بالمعنى القانونى .

فالمسئولية بالمعنى الذاتى الفلسفى هى صفة فى الإنسان تثبت له نتيجة لتوافر الوعى والاختيار لديه . وهى بهذه المثابة لا تعدو أن تكون مجرد قابليته للالتزام بما يقصد الشخص الالتزام به ، أو هى بعبارة أخرى شرط التكليف اللازم توافره فى الشخص لكى يلتزم بما يتعهد به قبل الموجة إليه العبارة . أما الإدراك وحرية الاختيار فهما جوهر هذه الصفة أوعناصرها . وقد عبر صاحب النظرية ذاته عن هذا المعنى فى موضع آخر من عمله بقوله «والواقع أن استعمال اصطلاح الإرادة فى معنى المسئولية أو فى معنى شرطيها استعمال غير دقيق ، فالارادة فى حد ذاتها هى تعمد الفعل المادى أو تركه أما الإدراك وحرية الاختيار فهماشرطان يضافان إليها لكى تقوم المسئولية (١)».

والمسئولية بهذا المعنى الذاتى الفلسفى ليست ركناً فى التصرف القانونى. ففكرة ركن التصرف تعبر فى الواقع عن «السبب المنشىء» الذى يترتب على وجوده وجود الالتزام . ومن المسلم به منطقاً أن المسبب يدور وجوداً وعدماً مع وجود السبب وانعدامه . ومن الواضح ان الإلتزام إذا كان لا يوجد إلا بوجود المسئولية المتمثلة فى توافر الإدراك وحرية الاختيار فإن وجود المسئولية بهذا المعنى لا يستتبع وجوده . فإذا كان الإنسان متمتعا بالإدراك وحرية الاختيار ومن ثم مسئولا ، فإن المسئولية لا تستتبع قيام الالتزام قلبه ما لم يتوافر بالمثل تعبير عن قبوله هذا الالتزام ، ويولد هذا التعبير ثقة لدى الموجه إليه . ومن هنا فركن التصرف ليس هو المسئولية وإنما أمر آخر مستقل تماماً هو العبارة المولدةللثقة، والإرادة لاتأخذ إلا معنى المشيئة التى تتضمنها العبارة . أما الإدراك وحرية الاختيار ، فهما أقرب إلى أن يكونا شروطاً يجب توافرها فى صاحب العبارة لقيام الالتزام ،

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ .

من أن تكونا ركناً فيه . ولذلك فصاحب النظرية لا يقتصر على استعمال اصطلاح المسئولية وإنما يستعمل كذلك اصطلاح «الإرادة بمعنى المسئولية» على نحو ما قدمناه .

والمسئولية بالمعنى الذاتى الفلسفى — وباعتبارها مجرد قابلية للالتزام — تتميز عن نطاق الالتزام ، ولا تعتبر كيفاً بالمعنى الذى قصد اليه الدكتور عياد . فهى مجرد تعبير عن توافر الإدراك وحرية الاختيار . وهى بذلك لا تفسر التزام الشخص بالالتزامات المكملة ولا تفسر تعديل العقد لتخليصه من الغبن . وحقيقة الأمر أن المسئولية التى هى «كم» إنما هى المسئولية بالمعنى القانونى الذى ينصرف إلى قيام الالتزام ذاته فى حق المدين به ونطاق هذا الالتزام، وليس المسئولية بالمعنى الفلسفى الذى ينصرف إلى مجرد توافر صفة فى الإنسان هى صلاحيته للالتزام بعبارته . ويتضح ذلك من قوله — بعد أن يقرر أن الإرادة تعنى ألا يتحمل الشخص التزاماً ما لم يكن قد قصد تحمله وأنها تفترض إلى جانب تعمد الفعل تعمد النتيجة — «أما فى المسئولية فلا يشترط لمساءلة الشخص عن نتيجة ما أن يكون قد قصدها فاذا كانت مسئوليته قد توافرت عن الفعل فإنه يسأل عن النتيجة الطبيعية المترتبة عليه ولو لم يقصدها ما دام أن هذه النتيجة أثر عادى لفعله لقيام رابطة السببية المادية بينهما » (١) . فمن الواضح أنه يستعمل لفظ المسئولية فى هذا الصدد بمعنيين مختلفين ، أولهما هو نطاق التكليف، وثانيهما هو أهلية التكليف .

والواقع أن مسئولية الإنسان عن الالتزامات المكملة إنما تجد تفسيرها لا فى فكرة المسئولية بالمعنى الذاتى الفلسفى وإنما فى أن العبارة المنشئة للتصرف تعتبر سبباً لها باعتبارها نتيجة طبيعية لهذه العبارة . كذلك الشأن فى تعديل العقد . فهو يستند إلى حقيقة ماقصد إليه الملتزم بعبارته لا إلى مسئوليته بالمعنى الذاتى الفلسفى ، تلك المسئولية المتمثلة فى مجرد توافر الإدراك وحرية الاختيار لديه . وعلى هذا النحو يمكن القول بأن ما يعتبر «كما» ليس هو المسئولية

---

(١) عبد الرحمن عباد ، المرجع السابق ، ص ١١٦ ، وص ٢٣٤ وما بعدها .

بالمعنى الذاتى الفلسفى أو بمعنى أهلية التكليف ، وليس هو الإرادة التى تتضمنها العبارة المنشئة للتصرف وإنما هو محل هذه العبارة أو ماانصرفت إليه ، أو هو محل المسئولية بالمعنى القانونى .

ويبدو لنا أن مبعث هذا الخلط السابق أن لفظة الوعى أو الإدراك [consciense] إنما تحمل فى الحقيقة معنيين متميزين يشير أحدهما إلى ما يستبينه الشخص مما هو واقع خارج ذاته ، ويشير الآخر إلى شعور الشخص بالواجب المتحصل من الواقع الذى استبان له (١) . ومن الواضح أن المعنى الأول للوعى أو الإدراك هو الذى يتخذ معياراً لنطاق الإلزام ، وأن المعنى الآخر للوعى أو الإدراك هو الذى يعبر عن مناط هذا الإلزام ، وأن الخلط بين المعنيين لابد أن يؤدى بالضرورة إلى الخلط بين نطاق الإلزام ومناطه .

[illegible] وخلاصة القول أن الإنسان يلتزم بإرادته لا لأن للارادة سلطاناً ذاتياً وإنما لأن العبارة التى تتضمن إرادته تستتبع مسئوليته القانونية عما تولده من ثقة لدى الغير . ولكن هذه المسئولية لا تقوم إلا بتوافر الإدراك وحرية الاختيار. ولذلك فالالتزام بالإرادة لا يقوم إلا فى حق المكلف . فإذا قامت أهلية التكليف بتوافر شروطها كان أهلا للالتزام بإرادته . وهذا الالتزام يتحدد بما تضمنته عبارته وبما كان نتيجة طبيعية لهذه العبارة .

٧١ — ومن الواضح مما سبق أن الفقه الحديث يشعر بأن ركن التصرف الوحيد هو العبارة المولدة للثقة ، وأن دليل وقوعه ونطاقه يتحددان على هدى من هذه العبارة . ولكن آثار النظر إلى التصرف ككيان مستقل عن القانون الموضوعى — المتولد من تأسيس القانون كله على فكرة الحق — مازالت تفرض عليه إيجاد مكان شرعى لفكرة الأهلية داخل أركان التصرف القانونى ذاتها . وهذا ما يبدو بوضوح فى نظرية الإعلان التى تتمسك باتجاه الإرادة إلى التعبير بالرغم من تعارض منطقها فى أبعاده الحقيقية مع هذه الفكرة . وهذا ما نلمسه كذلك فى فكرة المسئولية كركن فى التصرف

(١) أنظر فى هذه التفرقة : رينيه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٦ وما بعدها .

فى هذه النظرية الأخيرة . ولكن الواقع أن فكرة الأهلية تنبو بطبيعتها عن فكرة التصرف ذاتها . فتوافرها يعبر عن مجرد قابلية مسبقة لإصدار عبارة مرتبة لآثارها .

وعلى هذا النحو يبدو لنا أنه لا مجال للخروج من هذه الحلقة إلا بإسناد الأهلية إلى القانون ذاته باعتبارها مناطاً للتكليف بأحكامه . ومن ثم يكون معنى توافر الأهلية فى شخص معين هو صلاحيته للالتزام بما يصدر عنه من عبارة ، ويكون معنى انتفاءها عدم توافر هذه الصلاحية ، دون حاجة إلى القول بأن الإدراك والاختيار ركن فى التصرف ذاته أو إلى الاحتفاظ بالإرادة كحالة أو صفة فى الإنسان ركناً فى التصرف بجانب الإرادة كمشيئة مستظهرة فى عبارة مولدة لثقة الغير ، لاستيعاب هذه العناصر .

المطلب الثانى

مناط الالزام بالتصرف القانونى والاثر القانونى

٧٢ — إذا كان التصرف القانونى تصرفاً إرادياً وكان الإلزام به تفسره مسئولية صاحبه عن تصرفه ، فكيف يكون هذا الإلزام إلزاماً بالقانون الموضوعى ؟ وكيف يكون الأثر القانونى الذى ينتجه التصرف أثراً لهذا التصرف وللقانون الموضوعى فى آن واحد ؟ هذا ما يتعين تتبعه فى كل من الفقه المعاصر الذى يرى فى القانون مجرد مجموعة من قواعد السلوك والنظر الإسلامى الذى يرى فيه مجموعة من الأحكام تختلف بين التكليف والوضع .

١ — الالزام بالتصرف القانونى ووحدة بنيان القانون

نظريه ديجى :

٧٣ — للإجابة على هذا التساؤل يبدأ ديجى من التعريف السائد للتصرف القانونى ، باعتباره تصرفاً إرادياً يقصد به إحداث أثر قانونى

معين ، أيا ما كان هذا الأثر(١)، ثم يعمد إلى تحليل كل من الأثر القانونى والتصرف القانونى ، لينتهى من هذا التحليل إلى أن الإلزام بالتصرف القانونى إلزام بأحكام القانون .

فأما الأثر القانونى ، فهو يرى فيه تكليفاً — أمراً كان أو نهياً — يكتسب صفته القانونية من تدخل السلطة العامة لكفالة احترامه ، مثله فى ذلك مثل أى تكليف آخر يفرضه القانون (٢) . وفى هذا الصدد يتمشى ديجى مع منطقة فى إنكار فكرة الحق وفى النظر إلى مضمون القانون كمجموعة من التكاليف الإيجابية أو السلبية .

ولا شك أن ديجى كان يدرك الفارق بين تكليف ينشأ مباشرة عن القاعدة القانونية وتكليف يكون نشوؤه رهيناً بقيام تصرف إرادى معين . غير أنه قد ذهب إلى أن التكليف فى الحالين هو مجرد انعكاس للقاعدة القانونية أو تطبيق لها ، غاية ما فى الأمر أن هذا التكليف يكون انعكاساً أو تطبيقاً مباشراً للقاعدة القانونية فى الحالة الأولى ، ويكون انعكاساً أو تطبيقاً غير مباشر لها فى الحالة الثانية(٣) .

وأما التصرف الإرادى ، فهو يقوم بتحليله من خلال المراحل المختلفة لتكوينه (٤) ، من التصور إلى التصميم إلى التنفيذ . ففى مرحلة التصور يقتصر الإنسان على مواجهة الأثر القانونى المطلوب والفعل الذى يربط القانون بين هذا الأثر وبين وجوده . وفى مرحلة التصميم يعقد الإنسان العزم على إتيان الفعل المذكور تحقيقاً لهذا الأثر . وفى مرحلة التنفيذ يأتى الإنسان هذا الفعل فيتحقق الأثر المقصود .

---

(١) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ .
(٢) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٧ وما بعدها .
(٣) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٢٥٤ .
(٤) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ وما بعدها .

ويتضح من ذلك أن التصور هو عمل الذهن لا عمل الإرادة ، وأن نشاط الإرادة ودورها لا يبدأ إلا فى مرحلتى التصميم والتنفيذ . ومن هنا فالأهلية التى مناطها الوعى والإدراك تبدو مستقلة تماماً عن العمل الارادى ويبدو توافرها سابقاً على وجوده .

ويتضح من ذلك أيضاً أن محل الإرادة فى هاتين المرحلتين الأخيرتين ليس هو الأثر القانونى المطلوب وإنما هو الفعل الذى يربط القانون وجود الأثر المطلوب بوجوده ، وأن الذى يوجد هذا الأثر ليس هو هذا الفعل وإنما هو القانون ذاته إذا ما توافر هذا الفعل . ومن هنا فالفعل المذكور يبدو كمجرد شرط لإحداث الأثر القانونى . وفى هذا الصدد يقول ديجى إن «الإرادة ليست إلا طاقة طبيعية تستظهر من الفرد حركة جسدية .. إنه القانون الموضوعى هو الذى يرتب أثراً قانونياً على هذه الحركة الجسدية الإرادية للفرد والمستظهرة بقصد إحداث الأثر المذكور» (١) .

وهكذا يصل ديجى فى النهاية إلى أن الإلزام بالتصرف القانونى هو إلزام بأوامر القانون ونواهيه ، وأن مناط هذا الإلزام هو مناط الإلزام بالقانون وهو توافر الوعى والإدراك ، وأن دور التصرف الإرادى فى هذا الصدد لا يجاوز إيجاد الشرط الذى يتطلبه القانون للإلزام بأوامر القانون ونواهيه(٢).

تقييم نظريه ديجى :

٧٤ — وأول ما يلاحظ على هذا التحليل هو ما فيه من تجاوز لتحليل ديجى للقاعدة القانونية ذاتها . فقد رأينا ان القاعدة القانونية لديه هى قاعدة سلوك ، وأن هذه القاعدة لا تواجه سوى نوعين من السلوك هما السلوك الواجب والسلوك المحرم (٣) . ومن الواضح أن الفعل الإرادى الذى يتمثل فيه التصرف القانونى لديه هو سلوك ، وأن هذا السلوك ليس

(١) ديجى ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ وما بعدها .
(٢) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ وما بعدها .
(٣) أنظر ما تقدم ، بند ١٩ وما بعده .

بواجب وليس بمحرم ، فكيف يمكن سلك هذا السلوك فى عداد أنماط السلوك التى تواجهها القاعدة القانونية والقول بأنه يرتب أثراً قانونياً ؟ لابد لذلك من التسليم بأن القاعدة القانونية كما تواجه السلوك الواجب والسلوك المحرم وترتب على كل منهما أثراً معيناً ، تواجه السلوك المباح وترتب عليه أثراً معيناً كذلك . وبعبارة أخرى فالتسليم بمنطق ديجى فى صدد التصرف القانونى يقتضى بالضرورة التسليم بأن مضمون قاعدة السلوك هو مطلق سلوك الإنسان ، سواء فى ذلك ما يوجب وما ينهى عنه من هذا السلوك أو ما يباح منه .

أما الملاحظة الثانية فتتعلق بالأثر القانونى . فديجى يرى فى هذا الأثر مجرد تكليف . ومن الواضح أن هذا النظر يقوم على إنكاره لفكرة الحق . وقد سبق أن رأينا ما يعنيه هذا الإنكار من مخالفة للواقع (١) . فالأثر القانونى ليس هو التكليف وإن كان التكليف قد يسبق وجوده وقد يترتب على قيامه ، كما قدمنا(٢) .

وأما الملاحظة الثالثة فتتعلق بربط الأثر القانونى بالتصرف . فديجى يذهب إلى أن الأثر القانونى هو تكليف من تكاليف القانون بمعناه الموضوعى غاية ما فى الأمر أن التصرف شرط لقيام هذا التكليف . ولكن هذا القول لا يكفى لحل مشكلة الربط بين التصرف وبين الأثر القانونى . فمثل هذا الربط لابد أن يتم بمقتضى حكم من أحكام القانون الموضوعى ذاته. وقد سبق أن رأينا أن ديجى لا يرى فى أحكام القانون سوى تكاليف (٣) . ومن الواضح أن مثل هذه الأحكام بطبيعتها لا يمكن أن تربط بين التصرف القانونى وبين الأثر القانونى الذى لا يعدو أن يكون تكليفاً هو الآخر . ولذلك فربط التصرف بالأثر القانونى على النحو الذى يقول به ديجى يفترض وجود أحكام أخرى غير الأحكام التكليفية تتولى مهمة هذا الربط . وبعبارة

---

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٢٣ وما بعده .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٤٨ وما بعده .

(٣) أنظر ماتقدم ، بند ١٩ وما بعده .

أخرى فمنطق ديجى فى شأن التصرف القانونى يفترض بالضرورة مراجعة نظرته إلى القاعدة القانونية وتحليلها إلى أحكام تكليفية وأحكام وضعية والتسليم بأن الأحكام الوضعية هى التى تتولى هذا الربط . والإصرار على القول بأن القاعدة القانونية مجرد قاعدة سلوك من شأنه أن يترك التصرف القانونى وآثاره خارج منطقة القانون بمعناه الموضوعى .

كذلك فالقول بأن التصرف القانونى مجرد شرط لوجود التكليف ، يفترض أن يكون للأثر سبب آخر خارج التصرف . فالشرط كما قدمنا إن كان يلزم توافره لوجود المشروط ، فإن وجوده لا يلزم منه بالضرورة وجوده . ومن ثم فمنطق فكرة الشرط يؤدى إلى عدم إمكان وجود الأثر بالرغم من وجود التصرف ، خلافاً لما يقصده ديجى من ربط وجود الأثر بوجود التصرف (١) . والقول بغير ذلك يقتضى بالضرورة اعتبار التصرف القانونى سبباً للأثر . فاذا ما سلمنا بذلك فكيف تستقيم نسبة الأثر إلى القانون الموضوعى وإلى التصرف القانونى فى آن واحد ؟ لابد لذلك من التسليم بالتفرقة بين المصدر المرتب وبين المصدر المسبب ، أو بين دليل شرعية الحكم ودليل وقوعه على نحو ما قدمناه (٢) .

نظرية كلسن :

٧٥ — أما كلسن ، فهو يبدأ من علاقة الجزاء بالسلوك المقرر له الجزاء المذكور . فإذا ما اقتصرنا على دائرة الأحكام المدنية وجدنا أن الجزاء ينحصر فى التنفيذ الجبرى — ويتمثل فى إزالة الوضع الذى أوجده السلوك المخالف أو فى التعويض عما يحدثه من ضرر كلما استحالت الإزالة — ووجدنا أن السلوك يعتبر بمثابة واقعة «تشرط» هذا التنفيذ (٣) . ولكن السلوك قد يستتبع بذاته هذا التنفيذ وقد يتوقف استتباعه له على ارتباطه بتصرف

(١) أنظرماتقدم ، بند ٣٣ .

(٢) أنظر ماتقدم ، بند ٥٣ .

(٣) كلسن ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ و ص ١٦٨ وص ٣٤٢ .

قانونى سابق . وفى هذه الحالة الأخيرة تكون الواقعة التى «تشرط» التنفيذ الجبرى واقعة مركبة تتكون من عنصرين ، أحدهما ابرام التصرف القانونى والآخر هو إتيان سلوك مخالف لمقتضى هذا التصرف (١) . وفى هذه الحالة أيضاً لا يكون السلوك مخالفاً للقانون إلا باعتبار مخالفته للتصرف القانونى ، وباعتبار هذا التصرف منشئاً لقاعدة قانونية فردية ، ترتيباً على أن النظام القانونى ذاته يخلع عليه هذه الصفة «بجعله اتيان واقعة التصرف القانونى متبوعة بسلوك مخالف لهذا التصرف ، شرطاً للجزاء المدنى» (٢) . وهكذا يصل كلسن إلى جعل الإلزام بالتصرف القانونى إلزاماً بأحكام القانون الوضعى من خلال فكرته فى تخليق القواعد القانونية بعضها من البعض الآخر ، واعتبار المراكز القانونية الفردية بمثابة قواعدقانونية فردية للسلوك(٣). فالنظام القانونى بجعله التصرف القانونى واقعة منشئة للقانون ، «يبيح للأفراد تنظيم علاقاتهم المتبادلة فى إطار القواعد القانونية العامة التى ينشئها التشريع والعرف ، بقواعد تنشأ عن طريق التصرف القانونى . وهذه القواعد المنشأة عن طريق التصرف القانونى ليست قواعد قانونية مستقلة مستكفية بذاتها . إنها لا تقرر جزاءات وإنما مجرد سلوك تكون مخالفته شرطاً لجزاء تقرره القواعد القانونية العامة» (٤)

تقييم نظريه كلسن :

٧٦ — وأول ما يلاحظ فى هذا الشأن أن نظرية كلسن تتضمن قدراً من التلاؤم بين التصرف القانونى وبين القاعدةالقانونية لا يتوافرلدى ديجى. فالتصرف القانونى يبدو من ناحية تطبيقاً للقاعدة القانونية العامة ويبدو من ناحية أخرى خلقاً لقاعدة قانونية فردية . والتصرف القانونى من الناحية

(١) كلسن، المرجع السابق ، ص ٣٤٢ .
(٢) كلسن، المرجع السابق ، ص ٣٤٣.
(٣) أنظر ما تقدم ، بند ٢٣ وما بعده .
(٤) كلسن، المرجع السابق ، ص ٣٤٣ .

الأولى يجد مكاناً له فى القاعدة القانونية العامة . ذلك أن مضمون هذه القاعدة لديه لا يقتصر على الواجب والمحرم وإنما يمتد كذلك إلى المباح . ومن ثم فاذا كان اجراء التصرف يمثل سلوكاً معيناً للإنسان ، فهذا السلوك يدخل فى فصيلة السلوك المباح الذى تتضمنه القاعدة .

والتصرف القانونى من الناحية الثانية تكون له قدرة خلاقة لا تحجبها قواعد القانون العامة المجردة . فهو بهذه المثابة يعتبر مصدراً للأثر القانونى الذى يعبر عنه كلسن بالقاعدة الفردية . ولذلك يستقيم فى منطق كلسن الجمع بين واقعة التصرف وبين القاعدة العامة ، ودور كل منهما فى إنتاج التصرف القانونى لأثره ، خلافاً لمنطق ديجى . حقاً إن كلسن يذهب إلى أن التصرف شرط لوقوع الجزاء . ولكن ذلك لا يمنع من أنه سبب أو مصدر لوجود القاعدة القانونية الفردية .

على أن الواقع ان نقطة الضعف لدى كلسن إنما تكمن فى الربط بين السلوك أو التكليف الذى يفرضه التصرف وبين الجزاء القانونى . فأحكام القانون لدى كلسن كلها أحكام تكليفية (١) . وهذه الأحكام هى بطبيعتها كما قدمنا تتعلق بالسلوك ، ولا يمكن أن توجد الربط بين السلوك وبين الجزاء . فإذا كان التصرف يضع نمطاً سلوكياً فردياً فكيف يتم الربط بين هذا النمط وبين الجزاء الذى تتضمنه القاعدة العامة ؟ لابد لذلك من حكم قانونى يقرر هذا الربط . وهذا الحكم لا يمكن أن يكون حكماً تكليفياً ، وإنما هو بالضرورة حكم جعلى أو وضعى . ومن ثم فمنطق كلسن لا يمكن أن يستقيم إلا مع التسليم بأن القانون يتضمن أحكاماً وضعية بجانب الأحكام التكليفية . وهكذا يكمن سبب التناقض بين تصوير التصرف القانونى وبين تصوير القاعدة القانونية ، فى خطأ هذا التصوير الأخير الذى يجعل منها مجرد قاعدة للسلوك .

---

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٢٩ .

٢ ـ مناط الالزام بالتصرف القانونى وازدواج مضمون القانون

٧٧ ـ التصرف القانونى كما قدمنا تصرف إرادى يرتب أثراً قانونياً. وهو بهذه المثابة يدخل تحت خطاب التكليف كما يدخل تحت خطاب الوضع . واجتماع التكليف والوضع فيه هو الذى يفسر أحكامه .

التصرف القانونى وخطاب التكليف :

٧٨ ـ يدخل التصرف القانونى من حيث كونه فعلا للإنسان فى نطاق خطاب التكليف (١) . والتصرف القانونى ليس بحسب الأصل مطلوب الفعل ولا مطلوب الاجتناب . ولذلك فحكمه من الناحية التكليفية هو الإباحة وبحسب الأصل كذلك .

والتصرف القانونى من فصيلة المباح الذى يغير اتيانه من المركز القانونى لمن يأتيه وينشىء مركزاً قانونياً جديداً بالنسبة له ، والذى تتعدى إباحته منه فى ذاته إلى آثارة . ولذلك فإباحته تقترن بتوافر التمييز فيمن يصدرعنه(٢). فهذا التمييز وحده هو الذى يمكن من إدراك ارتباط التصرف بأثره .ولذلك قلنا من قبل إن عبارة عدم التمييز لا تلزمه ليس فقط لأنها لا تعتبر تصرفاً قانونياً وإنما كذلك لتخلف مناط الإلزام بالتصرف القانونى لديه (٣)

غير أن المباح إنما يكون مباحاً لاعتبار حظ المكلف فيه ، أو لاعتبار مصالحة . وقد رأينا أن وجه المصلحة فى الفعل يختلف من شخص لآخر ، وأن إدراك هذا الوجه يفترض ــ من بعد توافر التمييز ــ القدرة على المقارنة بين النافع والضار وأن هذه القدرة ترتبط باكتمال العقل . ولذلك فمناط إباحة الفعل الذى يرتب أثراً قانونياً ليس هو مجرد توافر التمييز فى الشخص وإنما هو الرشد (٤) . ومن هنا يمكن أن نفهم قول الشاطبى إن «إباحة

---

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٣٢ وما بعده .

(٢) أنظر ماتقدم ، بند ٤١ .

(٣) أنظر ماتقدم ، بند ٦٨ وما بعده .

(٤) أنظر ماتقدم ، بند ٤١ .

الفعل إنما تكون بالنظر إليه فى نفسه من غير اعتبار لأمر خارج . فإذا نظر إليه باعتبار ما يخرج عنه من الأمور كان مطلوب الفعل أو مطلوب الاجتناب»(١).

والتصرف القانونى يكون على هذا النحو مباحاً ، من باب ترك فعله أو اجتنابه إلى اختيار المكلف وفقاً لما يقدره من مصلحة فى هذا أو ذاك . فإذا انعدمت مقدرة المكلف على هذا التقدير كان محرماً ، وكان فعله رغم تخلف هذه القدرة غير مرتب لأثره من حقوق والتزامات . وبعبارة أخرى ، فالتصرف الذى يأتيه من لا تتوافر له هذه القدرة لا يصلح أن يكون سبباً ، ولا يرتب ما يراد ترتيبه من أثر .

ومناط تعلق إباحة التصرف القانونى على هذا النحو بفعل العبد هو غير مناط تعلق الإيجاب أو التحريم بفعله . فمناط تعلق الإيجاب أو التحريم بفعل العبد هو مجرد القدرة على إدراك خطاب الشارع والمفارقة بين ما يجب فعله وما يجب اجتنابه .

أما مناط تعلق إباحة التصرف القانونى بفعله فهو ليس مجرد القدرة على إدراك خطاب الشارع ، وإنما هو القدرة على تبين وجه المصلحة فى إتيان التصرف أو اجتنابه ، وهو أمر يتجاوز فى دقته مجرد فهم خطاب الشارع ويتطلب قدرة ذهنية أعلى من تلك التى يتطلبها فهم هذا الخطاب والتمييز بين ما يوجبه وما يحرمه . ومن هنا كان شرط صحة التصرف هو اكتمال الأهلية بصفة عامة ، وكان اكتمال الأهلية يرتبط ببلوغ سن الرشد والخلو من العوارض التى تؤثر فى القدرة على التقدير ، ليس ما يعدم العقل منها فقط كالجنون والعتة ، وإنما كذلك ما ينقص من سلامة التقدير كالسفة والغفلة ، وكان كل ما ينتقص من حسن التقدير مزيلا لأهلية التصرف ، مانعاً من إباحته . وعلى هذا النحو فبينما عوارض التمييز هى الجنون والعتة فعوارض الأهلية تضم السفه والغفلة بجانب الجنون والعته .

(١) الموافقات ، جـ ١ ، ص ٩٦ وما بعدها .

٧٩ ـ والأهلية على هذا النحو السابق ليست عنصراً فى التصرف القانونى ذاته وإنما هى شرط فى المكلف به أو شرط فى العاقد كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية . فالتصرف يقوم بمجرد توافر العبارة المولدة للثقة ولكنه لا يعتبر سبباً صالحاً لترتيب الآثار القانونية إلا إذا كان صادراً عمن تتوافر لديه أهلية إبرامه . « إن الإرادة ليست إلا مجرد واقعة ، والأثر القانونى الذى يتولد عن حدوثها لا يترتب عليها بذاتها ، وإنما يترتب على قاعدة خارجية تربط بين حدوث الواقعة وبين نشأة الأثر إذا توافرت شروط إعمال هذه القاعدة» (١) .

وقد سبق أن رأينا فى هذا الصدد كيف ان نظرية سلطان الإرادة بإقحامها فكرة الأهلية على فكرة التصرف لا تجد لها محلا بين إركانه ، فتذهب إلى اعتبارها هى الإرادة ذاتها (٢) ، كما رأينا كيف أن تصوير القانون كقواعد للسلوك يؤدى إلى الربط بين الأهلية والشخصية واعتبار مناط الشخصية هو بذاته مناط الأهلية بالرغم من صحة النظر إلى الأهلية من خلال شخص القانون وليس من خلال التصرف الذى يجريه (٣) .

التصرف القانونى وخطاب الوضع :

٨٠ ـ والتصرف القانونى من حيث كونه مؤثراً أو من حيث علاقته بما يرتبط بقيامه من آثار قانونية يدخل فى نطاق خطاب الوضع . ووجود التصرف القانونى يستتبع وجود الأثر القانونى . وتخلف التصرف القانونى يستتبع تخلف هذا الأثر. ولذلك فالتصرف القانونى حكمه من الناحية الوضعية هو السببية وليس هو الشرطية على نحو ما يذهب اليه كل من « ديجى » و« كلسن»(٤) .

---

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٣٤ وما بعدها . وأنظر كذلك المراجع المشار اليها فى هذا الموضع .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٥٧ .

(٣) أنظر ماتقدم ، بند ١٩ وما بعده ، وبند ٥٣ .

(٤) أنظر ما تقدم ، بند ٧٤ وما بعده .

وخطاب الوضع لا يستلزم توافر التمييز أوالرشد لتعلق أثره بفعل العبد. ولذلك يمكن القول بأن التصرف القانونى يعتبر سبباً لنشوء الأثر القانونى فى حق من يتوجه إليه دون حاجة لتوافر التمييز أو الرشد لديه . فإذا وهبت لإنسان أو أوصيت له فلا حاجة لتوافر التمييز أو الرشد لديه لقيام حقه فى الهبة أو فى الوصية .

ولا شك أن هذا التحليل يتفق مع منطق القانون المدنى فى شأن الوصية. فالوصية كما نعلم تصرف قانونى بإرادة منفردة ينتج أثره بمجرد الوفاة دون حاجة إلى القبول ، وإن كان يرتد بالرد . وعلى ذلك فتوافر الأهلية لا يلزم لقيام حق الموصى له فى الوصية وإن لزم لصحة ردها منه .

أما فيما يتعلق بالهبة فقد انحاز التقنين المدنى إلى منطق التشريعات الغربية المتأثرة بمذهب سلطان الإرادة والتى تستلزم القبول لقيام الهبة وتجعل منها عقداً . ولما كان هذا المنطق ذاته يجعل من التمييز شرطاً لوجود الإرادة لا شرطاً للتكليف ، فقد أدى ذلك إلى استحالة ثبوت الحق فى الهبة لعديم التمييز بالنظر إلى أن انعدام تمييزه يعدم إرادته ويمنع تصور القبول منه خلافاً للمميز غير كامل الأهلية .

والواقع أنه ليس هناك ما يدعو إلى اشتراط القبول لثبوت الحق فى الهبة ، طالما لم يلحق بها تكليف . حقاً يقال إن مثل هذا القبول لازم لمنع ثبوت الحق للشخص رغماً عن إرادته . ولكن الحقيقة أنه يكفى للحيلولة دون هذه النتيجة القول بأن الهبة ترتد بردها ، على نحو ما هو الحال فى الوصية ، وعلى نحو ما يذهب اليه فقه الشريعة الإسلامية . أما إذا اقترنت الهبة بتكليف فإن الحق فيها لا ينشأ للموهوب له إذا توافرت لديه الأهلية. ذلك أن الحق فى الهبة فى هذه الحالة يكون مشروطاً بقيام التكليف وأن قيام التكليف فى حق الموهوب له يستلزم بالضرورة توافر أهلية التكليف لديه . وفى هذه الحالة لا يكفى توافر التمييز لنشوء الهبة وإنما يلزم لذلك توافر الرشد أو الأهلية الكاملة .

التصرف القانونى واجتماع التكليف والوضع :

٨١ — ومن الواضح أنه إذا كان التصرف القانونى يدخل فى كل من منطقة التكليف ومنطقة الوضع فإن الوضع فيه مترتب على التكليف. ولذلك فإذا تخلف مناط التكليف وهو الأهلية ، تخلف الوضع تبعاً لتخلفه. وبعبارة أخرى فتخلف الأهلية يجعل التصرف غير مباح ويمنع من ترتيبه لأثره تبعاً لذلك باعتبار أن ترتيبه لهذا الأثر مرتبط بكونه مباحاً .

وإذا كان اكتمال الأهلية فى الشخص على هذا النحو شرطاً لإنتاج ما يجريه من تصرفات أثره ، فإن عدم توافر الأهلية ليس معناه إهدار مصالح غير كامل الأهلية . ذلك أن القانون يجعل له نائباً قانونياً يمكن أن يقوم بالتقدير نيابة عنه ، ويتولى بعد ذلك إبرام التصرف بنفسه وباسم الأصيل ، أو على الأقل يتولى إجازة ما صدر من غير كامل الأهلية ذاته من تصرفات فيكسبها القدرة على ترتيب الآثار .

٨٢ — وقد جرى الفقه على اعتبار التصرف الذى لا يرتب أثره لتخلف أهلية التكليف تصرفاً باطلا ، مثله فى ذلك مثل التصرف غير القائم لتخلف ركنه . وبذلك صارت فكرة البطلان تعبر عن معنيين مختلفين تمام الاختلاف ، هما معنى عدم قيام التصرف لانعدام ركنه — وهو التعبير المولد للثقة — ومعنى عدم إنتاج التصرف أثره لتخلف أهلية التكليف. وقد يبدو أن توسيع فكرة البطلان على هذا النحو له مايبرره . فقد رأينا من قبل أن انعدام التصرف وتخلف أهلية التكليف يتلازمان فى صدد عدم التمييز (١). غير أن التلازم بين انعدام التصرف وتخلف الأهلية فى هذه الصورة لا يمنع من تمايزهما . ويظهر هذا التمايز بصفة خاصة كلما كان تخلف الأهلية يرجع لا إلى انعدام التمييز ، وإنما إلى عدم توافر القدرة على التقدير ، كما هو الحال بالنسبة للقاصر ومن فى حكمه . ففى هذه الحالة الأخيرة يكون التصرف قائماً وتكون الأهلية متخلفة . ولذلك فالمنطق يقتضى المغايرة فى الوصف بين حالة انعدام التصرف وحالة تخلف الأهلية .

---

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٦٨ .

ولا شك أن مثل هذه المغايرة تجد صدى لها فى التفرقة بين بطلان مطلق وبطلان نسبي ، وإطلاق الأول على التصرف المنعدم والآخر على التصرف القائم إذا ما كان صادراً عن غير ذى أهلية . فالتصرف الباطل بطلاناً مطلقاً يعد غير قائم من الأصل على نحو لا يتصور معه تصحيحه بالإجازة اللاحقة . أما التصرف الباطل بطلاناً نسبياً ، فهو تصرف قائم ومنتج لأثره حتى يقضى بإبطاله ، وهو كذلك تصرف تصححه الإجازة .

٨٣ — ومقتضى ما تقدم بشأن البطلان النسبي أن حالة البطلان لا تنشأ إلا بالحكم الصادر بالإبطال ، وأن توافر هذه الحالة يجعل التصرف كأن لم يكن . ولذلك فقد اضطر الفقه إلى القول بالأثر الرجعى للبطلان ، تفسيراً لما يؤدى إليه البطلان من إزالة تصرف كان قائماً بالفعل قبل الحكم به . غير أن فكرة الأثر الرجعى هى فى جوهرها مجرد إفتراض .

ولذلك فقد لجأ البعض — خروجاً من هذا المأزق — إلى القول بأن التصرف الباطل بطلاناً نسبياً لا يكون له وجود قانونى قبل القضاء بالبطلان وإنما مجرد وجود فعلى أو ظاهرى (١) ، وأن «فقد الأهلية... يوجد قرينة لمصلحة فاقد الأهلية .. على أن رضاءه معيب .. فإذا ما تمسك بها .. كان متمسكاً بعيب فى رضائه يعفيه القانون من إثباته ولكنه يتحتم أن يتمسك به ليكون قائماً ، وعند تمسكه بوجوده تكمل عناصر وصف البطلان الذى يلحق التصرف .. ويحمله إلى عالم القانون» (٢) . ومؤدى هذا القول كما هو واضح أنه إذا ما أبرم قاصر أو مجنون عقداً فإنه لا يعتبر قاصراً أو مجنوناً إلا إذا تمسك بقصره أو جنونه (٣) .

وقد لاحظ البعض بحق أن فكرة البطلان النسبي «تتضمن خللا منطقياً» ، ذلك أنه إذا كان العقد مصدراً للالتزام وكان البطلان صفة تلحقه وقت

---

(١) جميل الشرقاوى ، نظرية بطلان التصرف القانونى ، ١٩٥٦ ، بند ١٣٥ .
(٢) المرجع السابق ، فى الموضع السابق .
(٣) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٧ .

إبرامه ، فإن اسباغ هذه الصفة عليه لا يكون منوطاً برغبة لا حقة للشخص إن شاء خلع عليه صفة البطلان وإن شاء أيد استمرار صحته ، فالصفة التى تلحق بالعقد سواء أكانت صفة الصحة أم صفة البطلان إنما تلحقه منذ نشأته ولا يمكن ارجاع الزمن بعد ذلك » (١) .

ولذلك لم يجد هذا البعض مناصاً من القول بأن الأثر القانونى لا يصاحب التصرف الباطل وإنما يصاحب التصرف الذى تتمثل فيه الإجازة ، وأن هذا الأثر أثر للتصرف المجيز أكثر منه أثراً للتصرف الباطل. فالتزام عديم الأهلية لا يقوم لانعدام إرادته «مأخوذاً بالإرادة هنا على معنى المسئولية» (٢) . وعلى هذا النحو تبدو الإجازة فى صورة تصرف قانونى جديد (٣) يحل محل التصرف الباطل . ولما كان التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً يمكن كذلك إعادة إبرامه من جديد بعد زوال العيب المؤدى إلى البطلان ، فقد ذهب هذا الاتجاه إلى الغاء التفرقة بين البطلان النسبى والبطلان المطلق .

٨٤ — ومن الواضح أن هذا الرأى الأخير مبعثه إنكار حقيقة وجود التصرف القانونى أو العقد وإنكار جعله مصدراً للالتزام (٤) ، والقول بأن التصرف القانونى مجرد واقعة وأن مصدر الالتزام هو المسئولية عن هذه الواقعة ، تلك المسئولية التى تتوافر بتوافر الأهلية (٦)

ويبدو لنا أن مثل هذا الإنكار إن هو إلا نتيجة طبيعية للنظرة الموحدة لبنيان القانون . ففى ظل هذه النظرة يستحيل اعتبار الأثر القانونى أثراً للتصرف القانونى وللقانون الموضوعى فى آن واحد ، ويتعين اعتباره أثراً للتصرف وحده إذا ما أخذنا بتحليل فقه الحقوق (٥) ، واعتباره أثراً للقانون الموضوعى وحده إذا ما أخذنا بتحليل فقه القاعدة القانونية (٧). ومن

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٥ .
(٢) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٣٠١ .
(٣) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ وما بعدها .
(٤) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٣٠١ .
(٥) أنظر ماتقدم ، بند ٦٦ وما بعده
(٦) أنظر ما تقدم ، بند ٥٦ وما بعده .
(٧) أنظر ما تقدم ، بند ٧٣ وما بعده .

الواضح أن إنكار وجود التصرف القانونى وإنكار اعتباره مصدراً للالتزام إنما ينبع من هذا الفقه الأخير .

أما فى النظرة المزدوجة للقانون ، فالأمر يختلف . ففى هذه النظرة تتكون أحكام القانون من تكليف تشترط قدرة ذهنية معينة لقيامه فى حق المكلف ووضع لا تشترط مثل هذه القدرة لقيامه فى حقه ، ويختلف التكليف من الوجوب إلى الحرمة إلى الإباحة ، ويختلف الوضع من السببية إلى الشرطية إلى المانعية . وفى ظل هذه النظرة يكون التصرف القانونى مباحاً وتكون الأهلية شرطاً لإباحته منفصلا تمام الانفصال عن وجوده ، كما يكون عدم توافرها مانعاً من إنتاج التصرف أثره على الرغم من قيامه بالفعل . وفى ظل هذه النظرة كذلك يكون التصرف القانونى — حتى مع النظر إليه كمجرد واقعة — هو سبب الحقوق والالتزامات .

فإذا ما سلمنا بذلك فإنه يمكن تصور وجود التصرف فى ذاته رغم عدم توافر الأهلية دون أن ينتج هذا التصرف أثره . فإذا ما زال المانع وصدرت إجازة للتصرف ، كانت هذه الإجازة — بما تفيده من أن التصرف كان فى مصلحة من أجراه — بمثابة إقرار للتصرف الأصلى يعطيه الفعالية أو القدرة على إنتاج التصرفات القانونية . وبعبارة أخرى فترتب الأثر القانونى فى هذه الحالة يكون نتيجة للتصرف الأصلى والتصرف المجيز معاً ، بحيث يعتبر التصرف الأصلى بمثابة سبب والتصرف المجيز بمثابة شرط .

وتمشياً مع هذا المنطق يذهب فقه الشريعة الإسلامية إلى أن تصرف غير كامل الأهلية تصرف موقوف وليس تصرفاً باطلا . ففكرة الوقف تفسر فى الواقع كون الأثر القانونى أثراً للتصرف الأصلى والتصرف المجيز على حد سواء . فهى تعترف بوجود التصرف فى عالم القانون دون أن يكون منتجاً لأثره إنتاجاً فورياً ، وهى تجعل إنتاج هذا الأثر متوقفاً على الإجازة (١).

(١) السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، جـ ٤ ، ص ٣٠٥ ؛ عبد الرازق حسن فرج ، المرجع السابق .

وعلى هذا النحو يبدو التصرف الأصلى بمثابة سبب ويبدو التصرف المجيز بمثابة شرط .

٨٥ — ويلاحظ فى هذا الصدد أن المواد ١/١١١ و ١/١١٥ من القانون المدنى تجعلان تصرفات القاصر ومن فى حكمه باطلة بطلاناً مطلقاً كلما كانت ضارة ضرراً محضاً وليست مجرد تصرفات دائرة بين النفع والضرر(١). ومن الواضح أن هذا الحكم لا يتمشى مع تحليلنا السابق المتعلق بالتفرقة بين انعدام التصرف — ومن ثم انعدام دليل وقوع الإلزام الإرادى — وبين مناط تعلق الإلزام بالشخص . ذلك أن عبارة القاصر ومن فى حكمه يمكن أن تبعث الثقة لدى من توجه إليه ، على نحو يصعب معه اعتبار تصرفه تصرفاً منعدماً والتسوية بينه وبين تصرف عديم التمييز لمجرد كونه ضاراً ضرراً محضاً .

وحقيقة الأمر أن التصرف يكون موجوداً فى هذه الحالة ولكنه لا يكون ملزماً لصاحبه حتى تصدر منه إجازة له بعد اكتمال أهليته (٢) . وفى هذا الصدد يستوى التصرف الضار ضرراً محضاً والتصرف الدائر بين النفع والضرر من حيث أن كلا منهما يؤدى إلى إلزام من يصدر عنه إلزاماً لا يناط به إلا بإجازته له من بعد اكتمال أهليته .

وقد يبدو أن تسوية التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر على هذا النحو من شأنها أن تؤدى إلى نتيجة غريبة هى إمكان إلزام التصرف الضار ضرراً محضاً لصاحبه إذا ما صدرت إجازة له من النائب عن القاصر ومن فى حكمه . ذلك أن التصرف الدائر بين النفع والضرر ينتج أثره ليس فقط إذا ما صدرت إجازة له ممن صدر عنه التصرف بعد

---

(١) ويلاحظ فى هذا الصدد أن فصيلة العقد الموقوف فى الشريعة الاسلامية لاتتضمن من تصرفات ناقص الأهلية سوى تلك الدائرة بين النفع والضرر . أما الضارة ضرراً محضاً فهى باطلة .

(٢) قرب ، حلمى بهجت بدوى ، المرجع السابق ، بند ١٥١ ، ص ٢٣٤ .

اكتمال أهليته ، وإنما كذلك إذا ما صدرت مثل هذه الإجازة من النائب عنه . ومن الواضح أن مثل هذه الإجازة إذا كانت مقبولة من النائب فى حالة التصرف الدائر بين النفع والضرر ، فهى غير مقبولة منه فى حالة التصرف الضار ضرراً محضاً

ومع ذلك فيبدو لنا أنه لا يتصور صدور إجازة للتصرف من النائب منتجة لأثرها فى حالة التصرف الضار ضرراً محضاً . ذلك أن إجازة التصرف لا يتصور أن تصدر إلا ممن له سلطة إبرام هذا التصرف . ومن المسلم به أن النائب ليس له سلطة إبرام مثل هذا التصرف . ومن ثم فلا يكون للنائب أن يجيز تصرف غير كامل الأهلية إذا ما كان هذا التصرف ضار ضرراً محضاً .

وعلى هذا النحو نتهى إلى وجوب إزالة التفرقة بين التصرف الضار ضرراً محضاً والتصرف الدائر بين النفع والضرر ، من حيث عدم إلزام كل منها للقاصر ومن فى حكمه ما لم تصدر منه إجازة لها بعد اكتمال أهليته ، مع بقاء التفرقة بينهما قائمة فيما يتعلق بسلطة النائب القانونى فى إبرام التصرف وفى إجازته .

المبحث الثانى

الالزام بالاحكام المدنيه والفعل الضار

٨٦ — لعل القانون المدنى لم يعرف حتى الآن موضوعاً أثار الجدل أكثر من موضوع المسئولية والالتزام بالتعويض . ففى هذا الموضوع بالذات يلتقى تصور القانون كمجموعة من الحقوق بتصوره كمجموعة من التكاليف ، ويلتقى الاتجاه الشخصى — فى النظر إلى القانون — بالاتجاه الموضوعى ، حتى يتبادل أنصار كل من التصورين أو الاتجاهين موقع التصور أو الاتجاه الآخر . فالقائلون بأن القانون هو الحرية بما تعنيه من قدرات إرادية يجدون أنفسهم وجهاً لوجه أمام المسئولية التى تحد من هذه القدرات وترتب الالتزام بالتعويض على تجاوز الحدود ، فيضطرون إلى

رؤية قانون المسئولية كقواعد ملزمة للسلوك . والقائلون بأن القانون هو قواعد السلوك الملزمة يواجهون بتجاوز نطاق المسئولية حدود السلوك غير المشروع ، فيضطرون إلى البحث عن أساس المسئولية فى حقوق المضرور قبل سلوك المسئول . وهكذا تختلط المواقف ويسود الغموض نظرية المسئولية والالتزام بالتعويض ، نتيجة لعدم وضوح موضع كل من فكرتى الحق والتكليف من القانون .

والواقع أن الالتزام بالتعويض مثله فى ذلك مثل غيره من الالتزامات ليس إلا أثراً قانونياً يرتبه القانون إذا ما توافر سببه وتوافرت شروطه وانتفت موانعه . وهو بهذه المثابة يعتبر وضعاً من الشارع مرتباً لتكليف مما تجوز النيابة فيه على نحو ما رأيناه فى الالتزامات المالية (١) . غير أن هذا الالتزام يمكن أن يجد سببه فى مخالفة تكليف فيكون بمثابة الجزاء المدنى على هذه المخالفة ، وقد يجد سببه فى المساس بحق الغير بالمعنى الدقيق فيكون بمثابة ضمان لهذا الحق . وعلى هذا النحو يزدوج دليل وقوع الالتزام بالتعويض فيكون تارة المسئولية عن الفعل غير المشروع ، ويكون المساس بحق الغير تارة أخرى .

ومقتضى هذا التصور لمشكلة الالتزام بالتعويض – فيما جرى عليه النظر إليها وفيما يجب أن يكون عليه هذا النظر – أن نتناول دراستها على مرحلتين ، نعرض فى أولاهما للنظرية الأساسية السائدة فى شأنها ، والتى تنتهى إلى وحدة دليل وقوع الالتزام بالتعويض ، ونعرض فى الأخرى لمحاولة بيان ازدواج هذا الدليل على أساس من تباين القانون إلى وضع وتكليف .

المطلب الأول : وحدة دليل وقوع الالتزام بالتعويض .

المطلب الثانى : ازدواج دليل وقوع الالتزام بالتعويض .

---

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٥١ وما بعده .

المطلب الأول

وحدة دليل وقوع الالتزام بالتعويض

٨٧ – يذهب الفقه الغالب – رغم اختلاف نزعاته الفلسفية – إلى وحدة دليل وقوع الالتزام بالتعويض ، أو وحدة ما يسمى بأساس المسئولية . ولما كان الالتزام بالتعويض يفترض سلوكاً فى جانب الملتزم بالتعويض وضرراً فى جانب مستحق التعويض ، فقد تركز البحث عن دليل وقوع الالتزام بالتعويض تارة فى جانب المسئول ، على نحو ما نراه فى نظريات الخطأ ، وتارة أخرى فى جانب المضرور على نحو ما نراه فى نظريات التبعة والضمان .

١ – البحث عن دليل وقوع الالتزام بالتعويض فى جانب المسئول

الخطأ بالمفهوم الذاتى :

٨٨ – إذا كانت الحرية هى المعطى الفطرى للطبيعة الإنسانية ، وكان معنى هذه الحرية هو تمتع الإنسان بقدراته الإرادية باعتبارها حقوقاً له ، فإن مقتضى ذلك عدم مسئولية الإنسان عما يأتيه من نشاط مهما ترتب على هذا النشاط من أضرار . غير أن الحرية والإرادة لا يتصوران إلا بالنسبة للإنسان الواعى الذى يدرك ارتباط أفعاله بنتائجها . ومثل هذا الإنسان يشعر شعوراً داخلياً ذاتياً بالخطيئة كلما وجه نشاطه للإضرار بالغير – ايجابياً كان هذا النشاط أو سلبياً – وكلما توقع ما قد ينجم عن هذا النشاط من أضرار فلم يمنعه ذلك من المضى فيه رغم قدرته على ذلك . ومن هنا فحرية الإنسان فى التصرف تجد حدودها فى هذا الناموس الداخلى الذاتى للسلوك ، ومسئوليته الأدبية تجد سببها فى الخطأ ، والخطأ هو تجاوز الناموس المذكور .

ونظام المسئولية القانونية ليس إلا ترجمة لهذه المسئولية الأدبية فى عالم القانون ، وذلك بإلزام الإنسان حدود ما يفرضه ضميره من سلوك بفرض

جزاء على تجاوزه (١) ، عقوبة كان هذا الجزاء كما هو الحال فى المسئولية الجنائية ، أو تعويضاً كما هو الحال فى المسئولية المدنية . ولذلك نجد دليل وقوع الالتزام بالتعويض يدور مع مناط هذا الالتزام ، ويؤخذ بذات المعيار الذاتى الذى يؤخذ به .

وعلى هذا النحو فالمسئولية المدنية تجد سببها فى الخطأ بهذا المعنى الأدبى الذاتى . فالإنسان لا يكون مسئولا بداءة إلا إذا توافر له العقل الذى يمكنه من البصر مقدماً بما قد ينجم عن نشاطه من ضرر للغير . ولذلك فالصغير غير المميز والمجنون لا يسأل أى منهما عما قد يترتب على أفعاله من أضرار (٢) . والإنسان العاقل لا يكون مسئولا عن هذه الأضرار إلا إذا كانت الظروف التى ينشط فيها تجعل باستطاعته توقع الضرر من النشاط وتجنب هذا النشاط (٣). هناك يكون على الإنسان التزام بالامتناع عن النشاط المؤدى إلى الضرر أو بمباشرة النشاط الذى يحول دونه (٤)، يقابله حق للمضرور . فاذا لم يف بهذا الالتزام كان معتدياً على حق الغير ولزمه التعويض .

وهكذا تدور المسئولية المدنية للإنسان عن نشاطه — كالمسئولية الجنائية — لا مع هذا النشاط ذاته ، وإنما مع الخطأ (٥) ، ويتوافق مناط المسئولية المدنية مع مناط المسئولية الأدبية الذاتية . وفى ذلك يقول جورج ريبير :

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك : جان داربلاى ، النظرية العامة لعدم المشروعية ، ١٩٥٥ ، بند ٢٢ ، ص ٤٩ و مابعدها ؛ دليانيس ، فكرة العمل غير المشروع ، ١٩٥٢ بند ١٨ وما بعده ، ص ٢١ وما بعدها .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك : بلان جوفان ، مسئولية الصغار ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٧ ، ص ٣٦ ؛ جان لافون ، المسئولية المدنية عن فعل المرضى العقليين ، ١٩٦٠ ، ص ١١ وبعدها والمراجع المشار إليها فيه .

(٣) جورج ريبير ، القاعده الخلقية ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٩ ، ص ٢١١ .

(٤) لوفيفر ، المسئولية التقصيرية والعقدية ، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ، ١٨٨٦ ، ص ٤٨٦ ، أشار إليه نعمان جمعة ، نظرية مصادر الالتزام ، ١٩٦٨ ، ص ١١٤ حاشية ١٧ ؛ بلانيول ، جـ ٢ ، الطبعة التاسعة ، أشار إليه سليمان مرقص ، فى نظرية دفع المسئولية المدنية ، ١٩٣٦ ، ص ١٣ . وقرب : سليمان مرقص ، الفعل الضار ، ١٩٥٦ ، ص ٤٧ وما بعدها .

(٥) ستارك ، المسئولية المدنية فى وظيفتها المزدوجة — الضمان والعقوبة الخاصة ، المرجع السابق ، ٢١٩ .

«إن الانسان يجب أن ينشط ، والنشاط يحمل مخاطر له ولغيره ، وهذا ليس بذى بال طالما كان النشاط هو ناموس الإنسان . ولكن الإنسان لا يجب أن يتصرف على نحو معيب . وهو يتصرف على نحو معيب عندما يسبب للغير ضرراً كان باستطاعته أن يتوقعه أوأن يتفاداه أو أن يخفف منه»(١) وهكذا كان الفقه المدنى طوال القرن التاسع عشر يقيم المسئولية المدنية على أساس فكرة الخطأ بهذا المعنى ، ويرد أحكام القانون المدنى التى تتخطى فكرة الخطأ – فى تأسيسها هذه المسئولية – إلى قرينة يقيمها المشرع على توافر الخطأ المذكور .

وهكذا أيضاً فالهدف من المسئولية المدنية يبدو هو عقاب المذنب أكثر منه جبر الضرر ، وهذه المسئولية ذاتها تبدو كصورة مخففة من المسئولية الجنائية (٢) ، على الرغم من أن المضرور هو صاحب الحق فى التعويض ومن أن مقدار التعويض يقاس عادة بما أصابه من ضرر . ذلك أن الضرر لا يمكن الإلزام بجبره إلا إذا كان النشاط المسبب له نشاطاً خاطئاً ، وأن الضرر المترتب على نشاط غير خاطىء هو فى حقيقته قدر على المضرور وحده أن يتحمله (٣) .

٨٩ – ولا شك ان هذا التصوير للخطأ يستجيب إلى نظرة شخصية للقانون تخلط بين التكليف القانونى وبين التكليف الأدبى (٤) . ففى هذه النظرة يبدو القانون كمجرد حقوق ، ويبدو الحق كقدرة إرادية ، وتبدو حدود الحق – التى يتمثل التكليف فى عدم تجاوزها – كحدود ذاتية تنبع من صاحب الحق ذاته ، مثلها فى ذلك مثل مناط ثبوته (٥) .

---

(١) جورج ريبير ، المرجع السابق ، ص ٢٠٠ .

(٢) جورج ريبير ، المرجع السابق ، ٢٠٠ ؛ محمد ابراهيم دسوقى ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، ١٩٧٣ ، بند ٥٤ وما بعده وبند ٤ ؛ بلان جوفان ، المقال السابق ، ص ٣٧ .

(٣) ستارك ، المرجع السابق ، ص ٥ .

(٤) أنظر نظير ذلك فى التصرف القانونى : ماتقدم ، بند ٦٤ .

(٥) أنظر ماتقدم ، بند ٦ ومابعده ، وبند ٦٤ .

ولكن التصوير المذكور لا يستجيب إلى نظرة موضوعية للقانون تميز بين التكليف القانونى وبين التكليف الأدبى ، سواء كان بنيان القانون فى هذه النظرة يتكون من مجموعة من قواعد السلوك أو يتكون من مجموعة من الأحكام تختلف بين التكليف والوضع . ففى ظل هذه النظرة يتميز دليل وقوع الالزام القانونى عن مناطه – خلافاً للإلزام الأدبى – ويؤخذ الأول بمعيار اجتماعى ، بينما يظل للآخر معناه الذاتى (١) . فإذا ما قلنا بأن القانون فى هذا النظر الأخير يتكون من مجموعة من قواعد السلوك ، فلابد أن يبدو الخطأ بالضرورة كسلوك مخالف للسلوك الاجتماعى الذى تفرضه القاعدة القانونية . وبعبارة أخرى فاذا كانت فكرة الخطأ تفترض تقييما للسلوك الحادث ، فهذا التقييم لا يتم وفقاً لعناصر شخصية خاصة بكل إنسان وإنما وفقاً لنواميس اجتماعية موضوعية يرسمها القانون الموضوعى بأوامره ونواهيه (٢) . وإذا ما قلنا بأن القانون فى هذا النظر هو مجموعة من الأحكام تختلف بين التكليف والوضع ، فإن التكليف يأخذ حكم قاعدة السلوك على النحو المتقدم . اما الوضع فينظر فيه إلى السلوك ، لا من حيث مشروعيته وعدم مشروعيته ، وإنما باعتباره مجرد مؤثر لأثر قانونى ، سواء كان هذا المؤثر الذى يعتد به الشارع سلوكاً غير مشروع أو كان هذا المؤثر سلوكاً يستوى فيه المشروعية وعدم المشروعية (٣) .

وقد سبق أن رأينا أن التمييز هو صفة أو حالة تلازم الشخص (٤) . ومن الواضح أن الخطأ يتمثل فى تصرف أو نشاط معين يصدر عن الشخص فى لحظة زمنية معينة . ولذلك فقد يكون من الصعب تصور أن يكون التمييز – وهو أمر ممتد فى الزمن – عنصراً فى الخطأ الذى يتحقق بطبيعته فى لحظة زمنية معينة .

---

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٦٤ . وأنظر كذلك : رنييه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ١٧٥ وما بعدها .
(٢) أنظر ماتقدم ، بند ٣١ .
(٣) أنظر ماتقدم ، بند ٣٣ وما بعده .
(٤) أنظر ماتقدم ، بند ٦ و ٥٨ .

كذلك فهذا التصوير لا يستوعب أدلة وقوع الالتزام بالتعويض فى القانون المعاصر . فمن ناحية أولى ، فاذا كان القضاء يسلم بعدم مسئولية عديم التمييز كمبدأ عام ، ، فالفقه لا يكف عن التنبيه إلى ما يؤدى اليه هذا المبدأ من حلول مجافيه للعدالة ــ على الأقل كلما كان عديم التمييز موسراً وكان المضرور معدماً ــ والقضاء ذاته لا يألو جهداً فى الحد من المبدأ المذكور (١). من ذلك مثلا نسبة انعدام التمييز إلى خطأ من عديم التمييز سابق على انعدام تمييزه ، ومساءلته عما يأتيه اثناء تخلف التمييز لديه رجوعاً إلى هذا الخطأ . ومن ذلك استلزام أن يكون انعدام التمييز تاماً للإفلات من المسئولية . ومن ذلك تطلب إثبات انعدام التمييز من المدعى عليه بالمسئولية وقت وقوع الفعل المسبب للضرر . ومن ذلك أخيراً مساءلة متولى الرقابة عن أفعال عديم التمييز فى الوقت الذى يعتبر فيه خطأه شرطاً لهذه المساءلة (٢) . ومن الواضح أن مساءلة عديم التمييز على هذا النحو لا تتمشى مع هذا التصوير الذاتى للخطأ كدليل لوقوع الالتزام بالتعويض .

ومن ناحية أخرى فالخطأ بهذا المعنى لا يمكن أن يكون دليلا لوقوع الالتزام بالتعويض فى حق المميز ذاته فى كثير من حالاته التى تتكاثر فى العصر الحديث كما هو الحال فى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، وفى مسئولية حارس الأشياء وفى المسئولية عن حوادث العمل .

الخطأ بالمفهوم الموضوعى :

٩٠ ــ وأمام فشل نظرية الخطأ بالمفهوم الذاتى ، على النحو السابق ، اتجه الفقه الحديث نحو توسعة فكرة الخطأ توسعة تمكن من استيعاب الحقائق السابقة . وتبدأ هذه المحاولة من نظرة موضوعية للخطأ ترى فيه مجرد

---

(١) أنظر فى هذا الصدد ، بلان جوفان ، المقال السابق ، ص ٤٤ وما بعدها ؛ جان لافون، المرجع السابق، ص ١٩٩ وما بعدها و ص ٢٠٧ وما بعدها ؛ جاك ماسيب، إصلاح قانون غير المتمتعين بالأهلية من البالغين ، ١٩٦٩ ، ص ٤٥ وما بعدها .

(٢) بيير دومينيك أوليفييه ، المسئولية المدنية للأم والأب ، ١٩٦١ ، ص٨٣ وما بعدها . وقارن : إيمانويل بلان ، مسئولية الآباء ، ١٩٥٣ ، ص ٤٣ ومابعدها .

سلوك غير مشروع فى ذاته ، بصرف النظر عن مدى قدرة صاحبه على تبين وجه عدم المشروعية فيه (١) . وفى هذا الصدد تسلم هذه المحاولة أن المفهوم الذاتى للخطأ يمكن من تبيان عدم المشروعية كلما كان نشاط محدث الضرر مقروناً بقصد ايقاع الضرر ، ولكنها لا تكفى لتبيانها كلما تمثل فى الرعونة والإهمال . ولذلك وجب البحث عن معيار الخطأ فى هذه الصورة الأخيرة باعتبارها الصورة الأكثر شمولا والتى تستوعب بالضرورة الخطأ فى صورته الأولى .

والواقع أن الفصل فيما إذا كان النشاط يمكن أن يلحقه وصف الرعونة أو الإهمال لا يكون إلا بمقارنة مسلك صاحبه بمسلك الشخص العادى أو الأوسط من الناس إذا ما وجد فى ذات الظروف التى وجد فيهاصاحب النشاط . غير أنه يجب الاقتصار فى هذا الصدد على الظروف الخارجية وحدها ، دون الظروف الداخلية ، توقياً للخوض فى أعماق النفس البشرية بحثاً عن عناصر يستحيل فى الحقيقة الإمساك بها ، وفصلا بين مجال الأخلاق ومجال القانون . فالخطأ إذن هو انحراف السلوك عن سلوك الشخص العادى إذا ما وجد فى الظروف الخارجية التى وجد فيها من يتم تقييم سلوكه .

وترتيباً على ذلك فلا محل للبحث فى مدى إدراك المدعى عليه بالمسئولية باعتبار الإدراك بطبيعته أمر نفسى أو داخلى بحت . فالتمييز «خارج عن الخطأ بمعنى الكلمة ، وربما كان نتيجة لفكرة الخطأ . ولكنه ليس عنصراً من عناصرها» (٢) . وعلى هذا النحو يمكن القول بأن فكرة الخطأ مفهومة على هذا النحو المجرد تؤدى إلى مسئولية عديم التمييز كالمميز سواء بسواء . وهكذا يتوصل هذا المفهوم للخطأ إلى إقرار مسئولية عديم التمييز تغليباً لاعتبارات العدالة السابقة .

---

(١) مازو وتنك ، المسئولية المدنية ١٩٦٥ ، جـ ١ ، بند ٤٧٩ وما بعده ، ص ٩٥٣ وما بعدها ؛ مازو ، دروس فى القانون المدنى ، جـ ٢ ، ١٩٥٦، ص ٣٦٩؛ بلان جوفان المقال السابق ، ص ٥٢ وما بعدها ؛ جان لافون ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ .

(٢) مازو وتنك ، المرجع السابق ، بند ٣٩٠ ، ص ٤٦٧ و ٤٦٨ .

٩١ — ولا شك أن هذا المفهوم للخطأ يستجيب أكثر من سابقه للمفهوم الموضوعي للقانون ويميز بين دليل وقوع الالتزام القانوني ودليل وقوع الالتزام الأدبي . فالعبرة في هذا المفهوم — كما هو واضح — بقيمة السلوك في نظر القانون أكثر منها بالحدود الشخصية لحقوق صاحبه أو بما يتقيد به ضمير هذا الأخير ، مما يستجيب إلى النظر إلى القانون كمجموعة من قواعد السلوك أو كمجموعة من التكاليف(١) . ودليل وقوع الالتزام بالتعويض يؤخذ على هذا النحو بمعيار اجتماعي يتميز فيه الإلزام القانوني عن الإلزام الأدبي . غير أنه مع ذلك ينتهي إلى نتيجة لا تتلاءم مع هذا النظر فيما يتعلق بمسئولية عديم التمييز . فقواعد السلوك — أو التكاليف — تفترض في المكلف بها كما قدمنا القدرة على التمييز حتى يستطيع فهم خطاب الشارع ومحاذاة سلوكه مع ما يفرضه من طريق للسلوك ، مما يجعل عديم التمييز غير مخاطب بهذه القواعد (٢) .

ولكن هذا المفهوم للخطأ يقف في هذا الصدد عند الظروف الخارجية ، ويجعل من التمييز شرطاً داخلياً ، بما لا يحول دون مساءلة عديم التمييز . ولذلك فحتى يستقيم الأخذ بهذا المفهوم واعتبار التمييز ظرفاً داخلياً ، لابد من التسليم بأن للتمييز وظيفة أخرى متميزة عن مجرد دخوله كعنصر من العناصر المكونة للخطأ (٣) . . وإذا ما أريد من بعد إقرار مسئولية عديم التمييز فلابد من البحث عن أساس آخر لهذه المسئولية لا يقوم على تقييم السلوك ولا يفترض من ثم هذا التمييز للأخذ به (٤) .

كذلك فهذا المفهوم — على فرض استقامته مع الفكرة العامة للقانون — يؤدي إلى نتيجة تجاوز ما تقضي به العدالة فيما يتعلق بمسئولية عديم التمييز .

---

(١) قرب : نعمان جمعة ، نظرية مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، بند ١٠٤ .
(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٤٠ .
(٣) ستارك ، المرجع السابق ، ص ٩٢ .
(٤) في هذا المعنى : ريبير ، القاعدة الخلقية ، ص ٢٣ ؛ ايسمان ، تعليق في الموسوعة الدورية ، ١٩٥٦ ، ٢ ، ٩٢٩٧ .

فهو يؤدى إلى التسوية بين التزام المميز والتزام غير المميز ليس فقط عندما يكون غير المميز موسراً والمضرور معدما ، وإنما كذلك عندما يكون غير المميز معدماً والمضرور موسراً ، فيتفادى بذلك نتيجة مخالفة للعدالة بنتيجة أخرى ليست أقل مخالفة للعدالة (١) .

وأخيراً فمهما قيل من توسيع فكرة الخطأ على هذا النحو ، فهى لا تمكن أن تستوعب كل صور المسئولية ، كما هو الحال فى المسئولية عن الأشياء وفى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة . حقاً يقال إن أساس المسئولية عن الأشياء هو خطأ فى الحراسة ، يقوم بمجرد إفلات الشىء من سيطرة حارسة ويستند إلى التزام محدد بالسيطرة عليه (٢) . ولكن الخطأ بهذا المعنى يكف عن أن أن يكون انحرافاً فى السلوك لايأتيه الشخص العادى منذ اللحظة التى لا يصبح فيها سلوك المسئول محل تقييم (٣) . حقاً يقال كذلك إن المتبوع ينوب عن التابع ولا يسأل إلا إذا تحققت مسئولية هذا الأخير بقيام الخطأ فى جانبه (٤) . ولكن هذه النيابة هى محض افتراض (٥) .

٢ - البحث عن دليل وقوع الالتزام بالتعويض فى جانب المضرور

المسئوليه عن الاشياء :

٩٢ – مما لا شك فيه أن اتخاذ الخطأ دليلا لوقوع الالتزام بالتعويض كان كافياً لضمان التعويض للمضرور – إبان صياغة نظام المسئولية المدنية

---

(١) أنظر فى هذا الصدد : نعمان جمعة ، « تعويض الضرر الذى يحدثه المرضى العقليون » ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٧١ ، ص ٣٦ ، ٣٨ ، ٤٣ ، والمراجع المشار اليها ص ٤٢ حاشية (٧٣) .

(٢) مازو وتنك ، المسئولية ، جـ ٢ ، ١٩٥٨ ، بند ١٣٠٢ ومابعده ، ص ٣١٩ وما بعدها ؛ مازو ، المرجع السابق ، ص ٤٧٦ وما بعدها .

(٣) ستارك ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

(٤) مازو وتنك المسئولية ، جـ ١ المرجع السابق ، بند ٩٤١ وما بعده ، ص ١٠١٧ وما بعدها ؛ مازو ، المرجع السابق ، ص ٤١٧ .

(٥) ستارك ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ .

فى بداية القرن التاسع عشر – كلما كانت العدالة تفرض ذلك ، بصفة عامة . فقد كان الخطأ والضرر مرتبطان ، وكان النشاط المتاح أمام الإنسان فى هذا الوقت لا يسبب ضرراً لغيره ما لم يوجه فعلا إلى هذا الغرض أو تصاحبه الرعونة أو الإهمال ، وكان كل ضرر يتأتى فى غير هذه الحالة يرجع فى الواقع إلى القوة القاهرة (١) . غير أن التطور الهائل فى أدوات الصناعة ووسائل النقل قد غير فجأة من طبيعة النشاط المتاح أمام الإنسان ، وجعل إمكانية الضرر كامنة فى كثير مما يتاح له من نشاط ، رغم حسن نيته واتخاذه كل ما يلزم من حيطة وتبصر . ومن هنا فقد كشف هذا التطور عن صيرورة اتخاذ الخطأ – بأى من مفاهيمه – دليلا لوقوع الالتزام بالتعويض عاجزاً بالفعل عن كفالة التعويض للمضرور .

وأمام هذه الحقيقة بدأ القضاء الفرنسى فى البحث عن سند لتوسيع نطاق الإلزام بالتعويض . وقد وجد فى هذا الصدد نص المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى على أن «الشخص مسئول عن الأشياء التى تكون فى حراسته» ، فاتخذ منه سنداً لابتداع نوع جديد ومستقل من المسئولية هو المسئولية عن الأشياء .وتتحصل فكرة هذه المسئولية فى أنه كلما كان كان الضرر ناشئاً عن شىء كان حارسه ملزماً بالتعويض دون حاجة لإثبات خطئه ، خلافاً للأصل العام فى المسئولية(٢). وفى إطار هذا النوع من المسئولية يتوقف القول بضرورة التميز لقيام المسئولية لا على فكرة الخطأ وإنما على فكرة الحراسة ذاتها . فالقول بأن المقصود بالحراسة هو الحراسة الفعلية يؤدى بالضرورة إلى اشتراط التميز لقيامها ومن ثم لقيام المسئولية . والقول بأن الحراسة مجرد سلطة قانونية يجعل قيامها مستقلا عن توافر التميز ويؤدى من ثم إلى قيام المسئولية رغم انعدامه . وقد انحازت محكمة النقض الفرنسية

---

(١) ستارك المرجع السابق ، ص ٦ .

(٢) أنظر فى تفصيل هذه الفكرة : محمد لبيب شنب ، المسئولية عن الأشياء ، ١٩٥٧ .

بالفعل إلى هذا القول الأخير (١) . وبذلك فقد صار قطاع كبير من المسئولية لا يستند من قريب أو بعيد لفكرة الخطأ .

نظرية تحمل التبعه :

٩٣ — كذلك كان للتطورات السابقة أثر كبير على انفقه . فقد اتجه الفقه إلى البحث عن أساس جديد للمسئولية يستوعب حقائق العصر ، فظهرت فى هذا الصدد فكرة تحمل تبعة المخاطر فى صياغاتها المختلفة (٢) : تبعة الكسب وتبعة المخاطر المستحدثة . وفحوى هذه الفكرة ، كما نعلم ، هو أن وظيفة المسئولية ليست عقاب المخطىء وإنما تعين من توجب العدالة تحمليه بعبء الضرر ، وأن أساسها تبعاً لذلك لا يجب البحث عنه فى جانب المسئول وإنما فى جانب المضرور . ولذلك يكون من المنطقى أن يتجاوز هذا الأساس فكرة الخطأ فى جانب المسئول ليقف عند مجرد تسببه فى الضرر بما يصطنعه من نشاط .

وفى ظل هذه الفكرة يكون من المنطقى القول بمسئولية رب العمل عما يصيب العامل من جراء قيامه بالعمل أو بمسئولية الناقل عما يصيب الراكب من ضرر من جراء السفر ، باعتباره صاحب النشاط الذى تتأتى عنه الإصابة دون حاجة إلى إثبات خطأ منه . وفى ظل هذه الفكرة كذلك لا يكون هناك محل للبحث عن إرادة المدعى عليه بالمسئولية ومن ثم عن إدراكه، وربط قيام المسئولية بتوافره . فالمسئولية ليس أساسها عدم مشروعية النشاط المسبب للضرر ، وإنما واقعة إحداث هذا النشاط ذاتها ، مما لا يكون هناك

---

(١) نقض مدنى ١٨/١٢/١٩٦٤ ، داللوز ، ١٩٣ ، تعليق أسمان، J. C. P. ، ١٩٦٥، ١٤٣٠٤، تعليق دى جان دى لاباتى، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٦٥ ، ٣٥١ ، تعليق روديير ؛ نقض مدنى ١/٣/١٩٦٧ ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٦٧ ، ٨٢٨ ، ملاحظات دورى . وأنظر بقية الأحكام فى بحث نعمان جمعة سابق الاشارة اليه ، ص ٣٥ حاشية (٤٩) .

(٢) أنظر فى تفصيل هذه الفكرة : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق؛ ستارك ، المرجع السابق ؛ محمد ابراهيم دسوقى ، المرجع السابق؛ سافتييه ، التحولات الاقتصادية والاجتماعية للقانون المدنى المعاصر ، المرجع السابق، جـ ١ ص ٣٣٣ وما بعدها ؛ مازوتنك ، المسئولية، جـ ١ ، المرجع السابق ، بند ٣٣٦ وما بعده ، ص ٤٢٩ وما بعدها .

معه محل لتقييم هذا النشاط تقييما يفتح الباب بالضرورة أمام البحث في مدى اتصاله بإرادة وإدراك محدثه (١) .

٩٤ — وأول ما يلاحظ فى هذا الصدد أن نظرية تحمل التبعة تبدأ من ذات الفكرة التى تبدأ منها نظرية الخطأ ، وهى حرية الإنسان وما تخوله له من مباشرة ما يروق له من نشاط . غير أن نظرية تحمل التبعة لا تؤسس المسئولية على تقييم هذا النشاط والممايزة بين ما هو مشروع وما هو غير مشروع منه ، وإنما تجعل منها المقابل لهذا النشاط ، مشروعاً كان أو غير مشروع (٢) . وهى بذلك — تماماً كما هو الحال فى نظرية الخطأ — تبحث عن السبب المنشيء للمسئولية لدى المسئول وفى نشاطه ، وليس لدى المضرور وفيما أصابه من ضرر ، مع فارق وحيد هو تسليمها بمشروعية النشاط المرتب للمسئولية . وهى بذلك أيضاً تنبع من مقدمة مسلمة فيها هى حرية الإنسان فى اتخاذ ما يريده من نشاط مع شرط وحيد هو إلزامه بدفع ثمن هذا النشاط ممثلا فى تعويض ما يترتب عليه من ضرر . فالمسئولية هى تبعة الحرية ، كما قال سالى (٣) ، «والسلطة تستدعى وتستتبع المسئولية» كما قال جوسران (٤) .

ولا شك أن هذا المنطق السابق — الذى تقوم عليه نظرية تحمل التبعة — هو بذاته الذى أفزع الجانب الأكبر من الفقه وحال بينه وبين تقبل النظرية كتفسير عام لنظام المسئولية ، رغم ما يبدو فى هذا المنطق من قدرة على تفسير كثير من حلول القضاء والتشريع السابق الإشارة اليها . ذلك أن مثل هذا

---

(١) ويؤسس البعض مسئولية عديم التميز المخففة فى مصر على فكرة تحمل التبعه . فى هذا المعنى : السنهورى ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، بند ٥٤٠ ، ص ٩١١ ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، بند ٢٣٢ ، ص ٣٥٤ ؛ عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، بند ٤٢٨ ، ص ٤٦٤ .

(٢) قرب : ستارك ، المرجع السابق ، ص ٣٨ .

(٣) المسئولية عن فعل الأشياء أمام المحكمة العليا لكندا ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩١١ ، ص ٥٤ .

(٤) روح الشرائع ، جـ ١ ، ص ٢٥٠ .

المنطق من شأنه أن يطلق المسئولية من إسارها التقليدى ويجعلها قرينة لكل نشاط يأتيه الإنسان ، ومن ثم حائلا بينه وبين مثل هذا النشاط . فمن المسلم به أن أى نشاط كان يترتب عليه بالضرورة إضرار بآخر ، مباشراً كان هذا الإضرار أو غير مباشر ، مقصوداً كان أو غير مقصود ، متوقعاً أو غير متوقع . ومن ثم فالمسئولية تصبح سيفاً مسلطاً على حرية الإنسان ، تلك الحرية التى تقرها النظرية ذاتها وتقوم عليها . هذا فضلا عن أن ربط المسئولية بالنشاط فى ذاته على هذا النحو من شأنه أن يدفع بالضرورة إلى أخذ نشاط المضرور نفسه فى الاعتبار ، وعدم الاقتصار على نشاط المسئول وحده – كما يصوره دعاة النظرية – تأسيساً على أن الضرر يكون فى الواقع نتيجة لنشاط المضرور بمثل ما هو نتيجة لنشاط المسئول (١) .

على أن التمعن فى منطق هذه النظرية يكشف فى –نظر البعض (٢) – عن عدم قابليتها لاستيعاب مسئولية غير المميز كما يصوره دعاتها . فاذا كانت المسئولية تستند إلى واقعة إحداث النشاط ذاتها ، وبصرف النظر عن مدى مشروعيته ، فإن هذا الاستناد يرتد إلى أساس أعمق هو أن صاحب النشاط يفيد منه اقتصادياً ، أو على الأقل يفيد منه قانوناً من حيث هو يستعمل حقاً يخول له إحداث هذا النشاط (٣) . فاذا كان الأمر كذلك فإنه يصبح من غير المتصور القول بأن المجنون مثلا يسأل عن نشاطه لأنه يفيد من هذا النشاط ، اقتصادياً أو قانونياً . وعلى هذا النحو فمسئولية عديم التمييز لا يمكن أن تجد سنداً لها فى نظرية تحمل التبعة .

نظرية الضمان :

٩٥ – وقد بدأ جانب من الفقه (٤) يلحظ فى التشريع والقضاء

(١) قرب : ستارك ، المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها .
(٢) ستارك ، المرجع السابق ، ص ٩٤ .
(٣) ديموج ، ٣ ، ٢٨٥ .
(٤) أنظر فى هذا الاتجاه مؤلف ستارك ، سابق الاشارة اليه ؛ دليانيس ، المرجع السابق .

اتجاهاً إلى زيادة مقدار التعويض كلما ثبت الخطأ بالمعنى الذاتى ، إلى جانب الاتجاه نحو توسيع نطاق المسئولية عن نطاق الخطأ الثابت ، ويكشف عن عجز أى من نظريات الخطأ وتحمل التبعة منفردة عن تفسير هذين الاتجاهين مجتمعين . وقد انتهت به هذه الملاحظات إلى القول بازدواج وظيفة المسئولية ومحاولة تأسيس كل وظيفة وتحديد مناط التعويض ونطاقه على أساس من هذا التأسيس .

فالمسئولية تقوم بوظيفة أولى هى ضمان حقوق المضرور ، فتقيم الالتزام بالتعويض لمجرد المساس بهذه الحقوق . ولكن بعض الحقوق محددة المعالم بطبيعتها فلا يثير الالتزام بالتعويض بصددها فكرة الخطأ وإنما يقوم بمجرد ثبوت المساس بها ، كما هو الحال فى الأضرار الجسمانية والمادية . أما البعض الآخر ، فهو غير محدد المعالم بطبيعته . وفى صدد هذا النوع الأخير من الحقوق تظهر فكرة الخطأ كمعيار لتحديد الحق ، فلا يعتبر الضرر ماساً بحق إلا إذا توافر الخطأ . ولكن ذلك لا يمنع أن أساس المسئولية فى هذه الحالة ، هو الضمان ، كما فى الحالة السابقة ، وأن دور الخطأ لا يتجاوز تحديد الحق ليكون المساس به من بعد مرتباً للمسئولية والالتزام بالتعويض . ويظهر ذلك بصفة خاصة بصدد ما يسمى بالأضرار الاقتصادية والأدبية .

والمسئولية تقوم بوظيفة ثانية هى عقاب المسئول ، فتزيد من حجم الالتزام بالتعويض كلما توافر فى جانب المسئول خطأ بالمعنى الأصيل . فإذا تعلق الأمر بحق من الحقوق المحددة المعالم فإن الالتزام بالتعويض يقوم بمجرد المساس به . فإن توافر الخطأ فوق ذلك كان معنى توافره زيادة حجم التعويض . والخطأ المقصود فى هذا الصدد هو الخطأ بمعناه الذاتى الأدبى .

وعلى هذا النحو فالمسئولية فى حدود وظيفتها الأولى، القائمة على الضمان، لا تستلزم التمييز لقيامها. أما فى حدود وظيفتها الثانية ، القائمة على العقاب ، فهى تتطلب التمييز . ولذلك فعديم التمييز يسأل عن مساسه بحق من الحقوق

المحددة مسئولية مخففة ، ولا يمكن أن يسأل فى خارج هذا النطاق أو أن يتجاوز التزامه بالتعويض حدود التعويض المخفف لعدم إمكان نسبة الخطأ اليه

٩٦ — ومن الواضح أن ازدواج وظيفة المسئولية على هذا النحو لا يستجيب إلى النظر إلى القانون كمجرد مجموعة من قواعد السلوك . فقد رأينا أن هذا النظر يفترض بالضرورة اتخاذ فكرة الخطأ وحدها أساساً للمسئولية .

ولكن ازدواج المسئولية يمكن أن يتفق مع النظر إلى القانون كمجموع من الحقوق . فالمسئولية بصدد الحقوق المحددة تبدو كضمان لحقوق المضرور . وهى بصدد الحقوق غير المحددة تبدو كتحديد لدائرة النشاط المشروع للمسئول أو بعبارة أخرى كحد لحقوقه . على أنه يبقى بعد ذلك أن فكرة ازدواج المسئولية على هذا النحو تنظر تارة إلى حقوق المضرور — كما هو الحال فى صورة الحقوق المحددة — وتارة أخرى إلى حقوق المسئول — كما هو الحال فى الحقوق غير المحددة — دون بيان وجه اختلاف النظر على نحو مقنع .

كذلك فازدواج المسئولية على هذا النحو يتفق مع النظر إلى القانون كمجموع من الأحكام تختلف إلى تكليف ووضع . فالمسئولية فى قيامها بوظيفة الضمان تقوم على أحكام وضعية ، وفى قيامها بوظيفة العقاب تقوم على أحكام تكليفية .

٩٧ — وتبدو أهمية فكرة ازدواج وظيفة المسئولية فى أنها تحاول محو كل أثر لفكرة مشروعية السلوك من أساس المسئولية فى قيامها بوظيفتها الأولى ، وقصر هذا الأثر على الوظيفة الثانية ، توصلا إلى تفسير قيام المسئولية فى بعض الأحيان دون ثبوت أى انحراف فى السلوك أو دون نظر إلى مدى توافر التمييز لدى المسئول ، وتفسير ارتفاع مقدار التعويض عند ثبوت الانحراف فى السلوك والتمييز . غير أنها تصل بهذا المنطق إلى مد

فكرة الضمان إلى كل نطاق المسئولية ، وحصر دور الخطأ فى مجرد تحديد نطاق طائفة معينة من الحقوق المضمونة ، ومن ثم تصل إلى إلغاء كل دور للخطأ فى إقامة الالتزام بالتعويض كلما كان هذا الالتزام يقتصر على حدود جبر ما أصاب المضرور من ضرر دون أن يتجاوز ذلك إلى عقاب المضرور .

والواقع أن فكرة الضمان لا يمكن أن تفسر أساس المسئولية إلا بالنسبة للحقوق المحددة التى يلحق بها ما يسمى بالضرر الجسمانى والمادى . أما الحقوق غير المحددة التى يلحق بها ما يسمى بالضرر الاقتصادى والمعنوى فالمسئولية بصددها ليس لها من أساس غير الخطأ ذاته . آية ذلك أن صاحب الفكرة —فكرة ازدواج وظيفة المسئولية — لم يستطع أن يلغى دور الخطأ بالمرة فى مجال الحقوق غير المحددة ، واضطر فى سبيل إزاحة فكرة الخطأ من أساس المسئولية فى هذا النطاق — واقحام فكرة الضمان — إلى القول بأن الخطأ يقتصر دوره فى هذه الحالة على تحديد نطاق الحقوق المضمونة . والحقيقة أن هذا الدور الذى يؤديه الخطأ ليس إلا دور تأسيس المسئولية ذاته أو دور السبب المنشىء لها فى هذا النطاق .

وفوق ذلك ، ففى نطاق ما يسمى بالحقوق المحددة يصعب القول بأن المسئولية تقوم بمجرد المساس بحق من هذه الحقوق دون حاجة إلى توافر الخطأ فى جميع الأحوال . فإقامة المسئولية دون خطأ فى هذا النطاق لا يعدو أن يكون اتجاهاً ملحوظاً لم يبلغ بعد منزلة المبدأ العام . بل وفى الحدود التى تقوم فيها المسئولية دون حاجة للخطأ فى هذا النطاق ، فإنه لا يمكن التعويل على مجرد المساس بالحق لإقامة الالتزام بالتعويض . فحتى يقوم هذا الالتزام فى جانب شخص من الأشخاص يجب بالضرورة أن ينسب الضرر إلى فعل منه ، حتى ولو كان هذا الفعل مشروعاً . وبعبارة أخرى فدليل وقوع الالتزام بالتعويض لابد أن يكون بالضرورة ضرراً فى جانب المضرور وفعلا فى جانب المسئول ، حتى ولو لم يكن يشترط فى هذا الفعل عدم المشروعية .

المطلب الثانى

ازدواج دليل وقوع الالتزام بالتعويض

٩٨ — يتضح من العرض السابق لما يقال فى أساس المسئولية أن القانون المعاصر يعرف فى الحقيقة نوعين من المسئولية: إحداهما مسئولية تكليفية تقوم على الخطأ وسندها القانونى أحكام القانون التكليفية ، وأخرى وضعية تقوم على مجرد المساس بحق من حقوق المضرور وسندها القانونى أحكام القانون الوضعية التى تجعل من الفعل الماس بالحقوق أو ببعضها سبباً للالتزام بالتعويض . وفى هذا الصدد يقرر جورج ريبير أنه «عندما تصل كافة الاذهان إلى الاقتناع بأنه ليس هناك جامع بين فكرة المسئولية المؤسسة على الخطأ وفكرة التعويض المبنى على المخاطر ، فإن قدراً كبيراً من الوضوح سوف يتسلل إلى القانون المدنى» (١) .

١ — المسئوليه التكليفية

دليل وقوع المسئولية التكليفيه ومناطها :

٩٩ — فأما عن المسئولية التكليفية ، فإن فهمها يقتضى أن نميز منذ البداية بين دليل وقوع المسئولية وبين مناط تعلق هـــذه المسئولية بفعل الإنسان . فالأول هو الواقعة التى يرتب القانون عليها قيام المسئولية ، والآخر هو الصفة التى يربط المشرع بين توافرها فى الإنسان وبين قيام هذه المسئولية فى حقه .

فأما عن دليل وقوع المسئولية ، فهو واقعة الخطأ . ذلك أن المسئولية التكليفية تقوم بالضرورة على تقييم سلوك المدعى عليه بالمسئولية للبحث فى مشروعيته أو عدم مشروعيته . حقاً إن دعاة فكرة تحمل التبعية يعزفون

---

(١) مقدمة المسئولية المدنية لرنيه سافتييه ، الطبعة الثانية ، ١٩٥١ . وفى ذات المعنى: نعمان جمعة ، نظرية مصادرالالتزام ، المرجع السابق ،ص ١١٨ ؛ بول ايسمان ، الخطأ ومكانة فى المستولية المدنية ، المجلة التصلية للقانون المدنى ، ١٩٤٩ ، ص ٤٨١ .

(٢) أنظر فى هذا الصدد : جان داربلاى ، المرجع السابق ، بند ٢ ومابعده ، ص ٩ ومابعده ، بند ١٢ ومايعدها ، ص ٢٨ ومابعده ، بند ٢٠ — ٣٥ ، ص ٤٦ وما بعدها .

عن مثل هذا التقييم بالرغم عن بحثهم عن أساس المسئولية لدى المسئول وفى نشاطه . ولكن مثل هذا العزوف ليس له من مبرر سوى ضيق فكرة الخطأ عن استيعاب كل صور المسئولية ، نتيجة لإغفال المسئولية الوضعية التى تستند إلى حقوق المضرور ذاتها وبعيداً عن تقييم سلوك المسئول .

وقيام المسئولية على الخطأ يعتبر مبدأ عاماً تقرره صراحة نصوص القانون المعاصر ، وإن كانت هذه النصوص لا تبين المقصود بالخطأ . لذلك كان ما أن رأيناه من خلاف حول معياره . وقد اتضح لنا مما سبق (١) ضرورة أخذ فكرة الخطأ بمعيار اجتماعى مجرد يقيس سلوك المدعى عليه بالمسئولية بسلوك الشخص العادى ، ايا ما كانت صورة الخطأ (٢) . فالخطأ يتمثل فى انحراف فى السلوك عن سلوك الشخص المعتاد إذا ما وجد فى الظروف الخارجية التى وجد فيها المدعى عليه بالمسئولية (٣) .

---

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٩ وما بعده .

(٢) نعمان جمعة ، المرجع السابق ، ص ١١٦ ؛ جان دار بلاى ، المرجع السابق بند ٦٩ وما بعده ، ص ١٦٠ وما بعدها .

(٣) ويلاحظ فى هذا الصدد أن أستاذنا الدكتور سليمان مرقس (الفعل الضار ، ص ٥٧ وما بعدها) يحل محل التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية تفرقة أخرى بين الظروف الظاهرة والظروف غير الظاهرة . ذلك أنه يجب النظر إلى ظروف مرتكب الفعل الضار ، «لا من ناحية هذا الأخير وكونها خارجة عنه أو باطنة ، بل من ناحية المصاب ومدى إمكان إحاطته بها وتوقعه تأثيرها فى مسلك الفاعل» . وترتيباً على ذلك يذهب الأستاذ الكبير إلى وجوب الاعتداد بظرف السن ، باعتباره من الظروف الظاهرة ، بهذا المعنى . ويبدو لنا أنه من العسير التسليم بتقييم سلوك الفاعل لا من جهته هو وإنما من جهة المصاب وما يتوقعة منه . فالنظر إلى الظروف من جهة شخص معين معناه أننا نقيم سلوكه لا سلوك غيره . وبهذا المعنى فالنظر إلى ظروف الفاعل من جهة المصاب معناه أننا نقيم سلوك المصاب ذاته لا سلوك الفاعل . ولذلك فتقدير ظروف الفاعل لا بد أن يكون من جهة صلة هذه الظروف به لا بالمصاب . وتقدير ظروف الفاعل فى صلتها بالمصاب لا يتصور إلا إذا تعلق الأمر بتقييم سلوك المصاب ذاته لمعرفة ما إذا كان قد أتى خطأ ينسب اليه الضرر كله أو ينسب إليه المشاركة فى إحداثه . وهذا ما يشير إليه الأستاذ الكبير ذاته فى موضع آخر من مؤلفه السابق (ص ١١١) وفى مؤلفه نظرية دفع المسئولية المدنية (ص ٢٩٦) .

ومن الواضح أن هذا المعيار الاجتماعى للخطأ لا يترك مجالا للاعتداد بالتميز فى تقديره . ذلك أن التميز يعتبر كما قدمنا ظرفاً داخلياً محضاً وأن المعيار الاجتماعى للخطأ لا يعتد إلا بالظروف الخارجية وحدها . وهو من ثم يتفادى ما تؤدى إليه النظرة الذاتية للخطأ من الخلط بين الخطأ القانونى والخطأ الأدبى، ويمكن من استيعاب كل نطاق المسئولية التكليفية الذى لا يقتصر على صورة الخطأ العمدى وإنما يمتد كذلك إلى صورة عدم الحيطة والإهمال . فقد رأينا أن النظرة الذاتية للخطأ تأخذ الخطأ بمعيار شخصى بحت يخلط بين الإلزام القانونى وبين الإلزام الأدبى ، ويستجيب إلى ناموس الأخلاق أو الضمير أكثر من استجابته لناموس القانون كأداة للضبط الاجتماعى (١) ، ويعجز من ثم عن تغطية النطاق الواسع للخطأ بالمعنى الاجتماعى .

١٠٠ — على أنه إذا كان الخطأ يؤخذ على هذا النحو بمعيار اجتماعى وكان هذا المعيار يؤدى إلى عدم اعتبار التميز عنصراً فى الخطأ ، فإنه ليس معنى ذلك فى نظرنا إمكان مساءلة عديم التميز على أساس من المسئولية التكليفية . ذلك أنه لا يكفى لقيام المساءلة قيام دليل وقوعها وهو الخطأ ، وإنما يلزم لذلك أيضاً توافر مناطها فى الشخص المراد مساءلته ، وهو التميز . فغير المميز يكون مخطئاً إذا ما انحرف فى سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد ، ولكنه لا يكون مسئولا عن هذا الخطأ لتخلف مناط المسئولية لديه .

ومرجع ذلك أن الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد على النحو السابق يعتبر إخلالا بتكليف قانونى ، وأن للتكليف مناطا لا يقوم فى حق الشخص بغير توافره ، هو التميز أو اكتمال الأهلية بحسب ما إذا كان الأمر متعلقاً بوجوب أو حرمة أو كان متعلقاً بإباحة ، على نحو ما قدمناه (٣) .

---

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٨٨ ومابعده .

(٢)قارن : نعمان جمعة (نظريةمصادر الالتزام، المرجع السابق، ص١١٧ ومابعدها ، المقال السابق فى المجلة الفصلية للقانون المدنى) حيث يعتبر التميز من الظروف التى يجب الاعتداد بها فى تقدير الخطأ . وقارن كذلك : السنهورى ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، بند ٥٣٦ ، ص ٩٠٤ .

(٣) أنظر ماتقدم ، بند ٤٠ وما بعده . وقرب : أحمد حشمت أبوستيت، المرجع السابق، بند ٤٤٥ ، ص ٣١١ ومابعدها ؛ دليانيس ، المرجع السابق ، بند ٧ ، ص ٧ وما بعدها .

ومن الواضح أن التكليف الذى تستند اليه عدم مشروعية السلوك المنحرف هو التحريم أو الوجوب وليس الإباحة كما فى التصرف القانونى. ومن ثم فهو لا يفترض سوى القدرة على فهم خطاب الشارع ولا يتجاوز هذه القدرة إلى القدرة على وزن المصالح لاختيار موقف من المواقف التى يتيح الشارع له الاختيار بينها. وعلى هذا النحو فتعلق التكليف الذى تقوم عليه المسئولية التكليفية بفعل الإنسان يفترض فيه توافر التمييز ولا يلزم له توافر كمال الأهلية. ومن هنا كان الصغر والجنون والعتة مانعاً من التكليف فى صدد المسئولية التكليفية دون السفه والغفلة، خلافاً لما عليه الحال فى التكليف بالتصرف القانونى.

وقد وضع الشارع الانحراف عن السلوك أو الخطأ – من حيث هو مخالفة لتكليف على النحو السابق – سببا للالتزام بالتعويض. ولكن التمييز هو مناط التكليف بفعل المكلف. ولذلك فإذا ما أنتفى التمييز أرتفع التكليف عن الفعل وأرتفع تبعا لذلك الوضع المترتب عليه (١). وبعبارة أخرى فالانحراف فى السلوك لم يجعل بذاته سببا للالتزام بالتعويض وإنما جعل كذلك باعتباره محلا لتكليف. فإذا لم يقم التكليف لانتقاء شرطه – وهو التمييز – لم يكن الانحراف فى السلوك سببا لنشوء الالتزام بالتعويض.

المسئوليه التكليفيه وفقه الخطأ :

١٠١ – ولا شك أنه كان من بين أهداف القائلين بالمعيار الاجتماعى للخطأ التوصل إلى مساءلة عديم التمييز عن خطئه. غير أن ذلك كان مبعثه فى الواقع عدم تصور أساس آخر للمساءلة خارج فكرة الخطأ وخارج البحث فى نشاط المسئول، نتيجة لعدم أخذ المضرور وحقوقه التى يمس بها السلوك فى الاعتبار.

---

(١) أنظر ما تقدم بند ٤٩.

ولا شك كذلك أن التمييز يعتبر من الظروف الداخلية وأن تلك الظروف لا تؤخذ فى الاعتبار وفقاً لهذا المعيار . ولكن الأمر كما هو واضح ليس أمر إنكار الخطأ من جانب عديم التمييز إذا ما أخذ بهذا المعيار ، وإنما هو أن أخذ الخطأ بهذا المعنى معناه ثبوت التكليف من القانون الموضوعى باتباع أنماط السلوك التى يقاس عليها سلوك المدعى عليه بالمسئولية واستحالة توجيه مثل هذا الخطاب إلى عديم التمييز .

ولا شك أخيراً أن الجانب الأكبر من الفقه قد أصبح يدرك أن قيام الخطأ يفترض إخلالا بواجب قانونى ، أو «سلوكاً غير مشروع» ، أو «انحرافاً عن السلوك المعتاد» ، ومن ثم فى النهاية مخالفة لأنماط السلوك التى يضعها القانون الموضوعى (١) . غير أن الاتجاه الشخصى فى تعريف الخطأ — الذى يخلط بين القانون والأخلاق ويربط ربطاً محكماً بين فكرة الخطأ وفكرة الادراك فيجعل من الإدراك عنصراً فى الخطأ — مازال يلقى بثقله على غالبية الفقه وينتهى به على هذا النحو إلى عدم تصور الخطأ من عديم التمييز ، حفاظاً على ما تحمله المسئولية التكليفية فى ذاتها من صدى أدبى أو أخلاقى (٢) . وهو بذلك يبدو محلا للنقد من حيث خلطة بين مجال القانون ومجال الاخلاق ، وتحديده للخطأ بالمعنى القانونى على ضوء نواميس أخرى غير ناموس القانون .

أما الاتجاه الموضوعى فى تعريف الخطأ ، فهو إن كان يفصل بوضوح تام بين مجال القانون ومجال الاخلاق ، ويأخذ الخطأ على هذا النحو بالمفهوم الاجتماعى الذى هو فى الواقع مفهوم القانون ، إلا أنه هو الآخر لا يبصر بحقيقة أن النمط السلوكى الذى يقاس عليه سلوك المدعى عليه بالمسئولية هو خطاب من الشارع بتكليف موجه إلى من يستطيع فهمه ، وأن هذا الخطاب لا يلزم أصلا من كان غير قادر على فهمه لانعدام تمييزه ، فينتهى به

(١) أنظر فى هذا الصدد : جان داربلاى ، المرجع السابق ، بند ١٢ وما بعده ، ص ٢٨ وما بعدها

(٢) جان داربلاى ، المرجع السابق ، بند ٢٢ ، ص ٤٩ .

ذلك إلى إلغاء ما للمسئولية التكليفية من صدى أدبى أو خلقى على النحو المتقدم. وبعبارة أخرى فهو يتجاهل أن دور الخطأ لا يعدو أن يكون دور الواقعة التى يرتب القانون المسئولية عليها إذا ما توفر التكليف بخطابه ، ليجعل منها مباشرة – ودون المرور بأحكام القانون لتبين المخاطبين بها – الواقعة المنشئة للمسئولية ومناط تعلق هذه المسئولية بفعل المكلف فى آن واحد. وهو على هذا النحو يتجاهل المنطلق الذى يبدأ منه تعريفه وهو أن المسئولية تجد أساسها فى مخالفة القانون الموضوعى ليعود إلى المنطلق التقليدى الذى يرى فى القانون مجرد حقوق، وفى النشاط مجرد استعمال لهذه الحقوق ، وفى سلوك الشخص العادى مجرد حد طبيعى لهذه الحقوق .

ومن الواضح أن النظر إلى المسئولية الخطئية كمسئولية قائمة على حكم تكليفى والاعتراف بالتمييز شرطاً فى الإنسان لتعلق التكليف به يتفادى كل هذه التناقضات فى آن واحد . فالخطأ فى هذا النظر هو مجرد الواقعة المنشئة للمسئولية . وهو يؤخذ بمعيار اجتماعى يستجيب إلى غاية القانون ووظيفته التى تختلف عن غاية الأخلاق ووظيفتها . ولكن المسئولية لا تتعلق بالشخص بمجرد توافر الواقعة المنشئة لها وهى واقعة الخطأ ، وإنما يلزم لذلك توافر مناط هذه المسئولية وهو التمييز لديه . وعلى هذا النحو يبقى للمسئولية التكليفية صداها الذاتى من خلال فكرة مناط التكليف دون أن يخل ذلك بالمفهوم الاجتماعى للخطأ .

المسئولية التكليفية ومسئولية متولى الرقابة

١٠٢ – ومن الواضح فى هذا الصدد أن التمييز لا يكون عنصراً فى الخطأ ومن ثم فى التكليف وإنما يكون شرطاً فى محل التكليف – أو فى المكلف – وهو الإنسان . وعلى هذا النحو يمكن تصور عدم مساءلة عديم التمييز على أساس من الخطأ بالرغم من صدور الخطأ منه ، دون أن يحول ذلك دون مساءلة متولى الرقابة عن فعل عديم التمييز (١) . فالفرض أن عديم التمييز

(١) أنظر فى اشتراط خطأ عديم التمييز لقيام مسئولية متولى الرقابة فى الوقت الذى ينعدم فيه ما يسمى بالركن المعنوى فى الخطأ لديه، بيير دومينيك أوليفيية ، المسئولية المدنية للأب والأم ، ١٩٦١ ، ص ٨٣ وما بعدها .

مخطىء مما يتيح مساءلة متولى الرقابة عن هذا الخطأ . ولكن الفرض كذلك أن هذا الخطأ لا يبرر مسائلة عديم التميز الشخصية لانتفاء شرط هذه المساءلة لديه وهو التميز .

٢ — المسئوليه الوضعيه

دليل وقوع المسئوليه الوضعية ومناطها :

١٠٣ — ترجع فكرة المسئولية الوضعية فى القانون المعاصر إلى أن فكرة السلوك غير المشروع والمكون للخطأ لا تستوعب كل مجال المسئولية فى هذا القانون ، وأن هناك مجال آخر للمسئولية فى القانون المذكور تقوم فيه دون نظر إلى مشروعية أو عدم مشروعية النشاط المحدث للضرر ، وإنما بالنظر إلى ما يؤدى اليه هذا النشاط من مساس بحقوق الغير .

ولا شك أن القانون المعاصر لم يعرف بعد مبدأ عاماً يقرر هذه المسئولية على نحو ما تعرفه المسئولية التكليفية ، وإنما يعرف نصوصاً متفرقة تطبق فكرة هذه المسئولية . وما دامت هذه المسئولية تقوم خروجاً على المبدأ العام الذى يقيم المسئولية التكليفية ، فلابد للقول بقيامها من وجود حكم فى القانون يقررها . فإذا لم يوجد مثل هذا الحكم امتنع القول بقيامها ، تأسيساً على أن المشرع لم ينزل بعد هذه المسئولية منزلة المبدأالعام على نحو ما انتهى اليه الأمر بصدد المسئولية التكليفية .

فالمسئولية الوضعية تمر فى القانون المعاصر بذات الدور الذى مرت به المسئولية التكليفية قبل أن تصل إلى أن تصير مبدأ عاماً ، وحيث كانت تقتصر على بعض الأخطاء أو الأضرار المحددة بالنص (١) . ولذلك نجد المسئولية الوضعية ما زالت محدودة بنطاق بعض الأفعال الضارة أو بعض الحقوق بحسب الأحوال .

---

(١) أنظر فى هذا التطور : محمد ابراهيم دسوق ، المرجع السابق ، الباب الأول من القسم الأول .

١٠٤ – والمشرع عندما يقيم هذه المسئولية إنما يتخذ لها سبباً مزدوجاً يتمثل فى فعل ضار من ناحية – وبصرف النظر عن مشروعية أو عدم مشروعية هذا الفعل الضار – ووقوع الضرر على حق للغير بالمعنى الدقيق من ناحية أخرى . فلا يكفى وقوع الفعل الضار وحده لقيام هذه المسئولية وإنما يلزم أن يقع هذا الفعل على حق للمضرور . ولا يكفى لقيامها مجرد المساس بحق للمضرور وإنما يلزم كذلك نسبة هذا المساس لفعل المسئول.

ومن الواضح أن سبب هذه المسئولية لا يقوم على حكم تكليفى وإنما على مجرد وضع من الشارع .وعلى هذا النحو فمتى توافر الفعل الضار وتوافر المساس بالحق توافر سبب المسئولية بصرف النظر عن تخلف التمييز. فمناط الإلزام بالأحكام الوضعية على نحو ما قدمناه هو مجرد توافر الفعل الذى وضعه الشارع سبباً أو شرطاً للنتيجة أو مانعاً منها دون نظر إلى توافر أو انتفاء التمييز فيمن تتعلق به هذه الأحكام . وبعبارة أخرى فمناط هذه الأحكام هو الشخصية فى ذاتها وليس التمييز . وعلى هذا النحو فالمسئولية الوضعية يمكن أن تلحق بعديم التمييز فيقوم التزامه بالتعويض بمجرد توافر سببها وبالرغم من انعدام تمييزه (١) . حقاً إن ثبوت الالتزام بالتعويض يعنى التكليف بأدائه . غير أن هذا التكليف تكليف مالى يمكن أن يؤديه النائب كما يؤديه الأصيل . وعلى هذا النحو فالإلزام يثبت فى ذمة الأصيل غير المميز والتكليف يكون أداؤه من النائب المميز (٢) .

المسئوليه الوضعيه والفقه المعاصر :

١٠٥ – وقد مس جانب من فقه نظرية الخطأ من بعيد فكرة المسئولية الوضعية عندما ذهب إلى أن هناك حالات يعتبر فيها محدث الضرر مخالفاً

---

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٤٤ وما بعده .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٥١ وما بعده .

لواجب قانونى عندما لا يقوم طواعيه بتعويض المضرور (١) . فمن الواضح أن مضمون مثل هذا الواجب ليس هو سلوك معين سابق على قيام الالتزام بالتعويض يكون سبباً لقيام هذا الالتزام ، وإنما مضمونه هو مضمون الالتزام بالتعويض ذاته . وبعبارة أخرى فالواجب المقول به هو التكليف بأداء الالتزام وليس واجباً سابقاً فى وجوده على هذا الالتزام . وعلى هذا النحو فالمسئولية فى مثل هذه الحالات تختلف تماماً عن المسئولية فى صورتها العادية التكليفية التى تفترض واجباً أو تكليفاً سابقاً يكون الإخلال به سبباً لقيام الالتزام بالتعويض . ولكن عيب الفكرة التى يعبر عنها الفقه السابق إنما يكمن فى عجزها عن إيجاد سند قانونى للالتزام بالتعويض خارج فكرة الخطأ ومحاولتها على هذا النحو إقحام فكرة الخطأ على الالتزام بالتعويض فى مثل هذه الحالات . وحقيقة الأمر أنه ليس هناك واجب منفصل عن الالتزام بالتعويض ذاته وأن هذا الالتزام يستند مباشرة إلى نص القانون الذى يضع النشاط الماس بحق من الحقوق سبباً للالتزام بالتعويض .

١٠٦ — ولا شك أن نظرية تحمل التبعة قد مست عن قرب هذه المسئولية الوضعية . غير أن عيب هذه النظرية يكمن فى الربط المطلق بين الضرر والنشاط المؤدى إليه باعتبار تعويض هذا الضرر ثمناً للنشاط المذكور (٢) ، ومن ثم فى جعل نشاط المسئول هو السبب المنشىء للمسئولية على نحو يقيم من المسئولية الوضعية مبدأ عاماً يحل محل المسئولية التكليفية ، ويصطدم مباشرة بأحكام القانون الوضعى . وبعبارة أخرى فنظرية تحمل التبعة تجعل من المسئولية الوضعية جزاء للنشاط مشروعاً كان أو غير مشروع فتخرج على منطق فكرة الجزاء ووظيفتها ، تلك الفكرة التى تهدف ليس فقط

---

(١) ريبير ، القاعدة الخلقية ، ص ٢٢٠ ؛ بلانيول ، الموسوعة ، الطبعة الثانية ، ج ٢ ، بند ٨٦٧ ومابعده .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٩٣ وما بعده .

إلى عقاب المسئول وإنما كذلك إلى ردع غيره ، وتفترض لذلك نشاطاً غير مشروع .

والواقع أن الفارق بين نظرية تحمل التبعة وبين المسئولية الوضعية لا يقتصر على مجرد التأصيل النظرى وإنما يمتد كذلك إلى مجال التطبيق العملى. فمن الناحية النظرية ترتب نظرية التبعة الالتزام بالتعويض على مباشرة النشاط فى ذاته فتجعل هذا الالتزام لا يستند إلى سند من القانون كلما كان النشاط المذكور مشروعاً . أما المسئولية الوضعية فتتخذ من إيقاع الضرر بحق من الحقوق معياراً لعدم مشروعية هذا الضرر ، وتقيم المسئولية على هذا النحو على أساس من عدم مشروعية الضرر ، فتوجد لها سنداً قانونياً فى عدم المشروعية المذكورة . وبعبارة أخرى ففكرة المسئولية الوضعية تكشف عن ازدواج فكرة عدم المشروعية . فإلى جانب عدم مشروعية السلوك هناك عدم مشروعية الضرر . وعدم مشروعية السلوك ينظر فيها إلى انحراف السلوك بصرف النظر عما قد يؤدى إليه من ضرر وعن نوعية هذا الضرر . أما عدم مشروعية الضرر فينظر فيها إلى «المحل» الذى يصيبه هذا الضرر ، بحيث يكون الضرر غير مشروع إذا ما وقع على حق من الحقوق بالمعنى الدقيق ويكون مشروعاً إذا ما وقع على مجرد حرية من الحريات وليس على حق بالمعنى الدقيق ، وذلك بصرف النظر عن مشروعية السلوك المؤدى إلى هذا الضرر (١)

ومن الناحية العملية ، لا يفرق منطق نظرية تحمل التبعة بين ضرر وآخر. فكل الأضرار تجد سنداً لتعويضها فى هذه النظرية . أما المسئولية الوضعية فتحصر الالتزام بالتعويض فى الضرر الذى يقع على حق بالمعنى الدقيق وفى نطاق ما يصيب محل هذا الحق ، فلا تمده بالتالى إلى الضرر الذى يقع على الحريات أو لا يتجاوز محل الحق .

---

(١) أنظر ما تقدم ، بند ١٥ .

١٠٧ — وقد سبق أن رأينا مدى مساهمة نظرية ستارك فى المسئولية القائمة على الضمان فى إبراز فكرة المسئولية الوضعية ، وكيف أن عيب هذه النظرية يكمن فى اتخاذها هذه المسئولية مبدأ عاماً يحل محل المسئولية التكليفية مما يتعارض مع أحكام القانون الوضعى (١) .

ولعل مرجع هذه النتيجة هو فى الواقع اضطراب فكرة الحق ذاتها والخلط بينها وبين فكرة الحرية وتوسيع فكرة الحق على نحو تمتد معه لتشمل كافة المراكز القانونية الإيجابية، سواء ما كان منها خاصاً وشخصياً أو ما كان عاماً وموضوعياً (٢) . فقد رأينا فى بحث فكرة الحق أنها لا يمكن أن تعبر إلا عن استئثار يستند إلى اختصاص الشخص بقيمة معينة أو تعلقها به . ومثل هذا الاستئثار وما يستند اليه من اختصاص يتوافر بلاشك فى علاقة الإنسان بحياته وجسمه وماله المادى . ولذلك يمكن القول بأن للإنسان حقاً فى حياته وفى جسمه وفى ماله ، فيقوم من ثم ضمان القانون لها ، ويتصور من بعد مساءلة كل من يوقع بها ضرراً ، على أساس عدم مشروعية مثل هذا الضرر . أما ما يسميه بالحق فى المنافسة أو الإضراب أو النقد (٣) ، فلا يتضمن مثل هذا الاستئثار وما يقوم عليه من اختصاص ، ولا يعتبر من ثم حقاً يضمنه القانون وإنما مجرد مركز قانونى عام وموضوعى ، أو مجرد حرية يتمتع بها المسئول كما يتمتع بها المضرور . ومن ثم فالمسئولية عن استخدام مثل هذه الحريات لا يمكن أن يتصور لها من أساس فى فكرة عدم مشروعية الضرر التى تفترض حقاً بالمعنى الدقيق ، ولا يمكن أن أن يوجد هذا الأساس إلا فى الخطأ ذاته ، ويبقى بعد ذلك أن الخطأ يتمثل فى مجرد الانحراف عن السلوك المعتاد فى استخدام هذه الحريات ، وأن المساءلة عن مثل هذا الخطأ تستلزم توافر التكليف لدى من يصدر منه هذا الانحراف .

---

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٩٥ — ٩٧ .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ١٥ .

(٣) ستارك ، المرجع السابق ، ص ٤٤ وما بعدها .

المسئولية الوضعية والتزام عديم التمييز بالتعويض :

١٠٨ — ومن الواضح ان التحليل السابق هو وحده الذى يفسر التزام عديم التميز بالتعويض وفقاً للمسئولية عن الأشياء أو للمسئولية عن فعل التابع . فالأمر لا يتعلق فى هذه الصور من المسئولية بتكليف وإنما بمجرد وضع من الشارع . فالشارع يجعل حارس الشىء مسئولا عن تعويض ما يتسبب عنه من أضرار كما يجعل المتبوع مسئولا عما يسببه تابعه من أضرار كذلك . ولا يقدح فى ذلك أن مسئولية المتبوع تفترض بداءة مسئولية التابع وأن هذه المسئولية الأخيرة قد تفترض التكليف . ذلك أن مسئولية التابع إذا كانت تقوم على التكليف الثابت فى حقه فإن مسئولية المتبوع لا تقوم على هذا التكليف وإنما على مسئولية التابع ذاتها . وبعبارة أخرى فالشارع لم يضع تكليف التابع سبباً لمسئولية المتبوع ولم يضع تكليف المتبوع سبباً لمسئوليته وإنما وضع مسئولية التابع ذاتها — وباعتبارها نتيجة لتكليفه — سبباً لمسئولية المتبوع .

١٠٩ — كذلك فالتحليل السابق هو الذى يفسر ما انتهى اليه المشرع المصرى من مسئولية عديم التميز عن فعله الشخصى . فقد نصت المادة ٢/١٦٤ من القانون المدنى — بعد تقريرها المسئولية عن العمل غير المشروع واشتراطها توافر التميز وقت وقوع العمل غير المشروع لقيام هذه المسئولية — على أنه : «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً فى ذلك مركز الخصوم» (١).

---

(١) أضاف المشرع الفرنسي فقرة ثانية للمادة ٤٨٩ من القانون المدنى الفرنسى ، بالقانون رقم ٥٠٦٨ فى ٣ يناير ١٩٦٨ ، قضت بأن «من سبب ضرراً للغير وهو تحت تأثير اضطراب عقلى يكون مع ذلك ملزماً بالتعويض» . ومن الواضح أن هذا النص المقتضب يختلف عن نص المادة ٢/١٦٤ من القانون المدنى المصرى . فقد جاءت صياغته عامة لا تشير إلى دليل وقوع الالتزام بالتعويض أو شروط وقوعه ، ولا تشير إلى قواعد خاصة بتقديره . ولذلك فقد أثار هذا النص حيرة الفقة الفرنسى . فقد ذهب البعض إلى أن المشرع الفرنسى قد اعتنق بهذا النص فكرة الخطأ الموضوعى وانتهى من ثم إلى مسئولية عديم التمييز كالمميز سواء بسواء (جنفييف =

وصياغة النص على هذا النحو تنبىء عن استقلال مسئولية عديم التمييز وتميزها عن مسئولية المميز .

فمن ناحية أولى لا يلزم لقيام المسئولية عمل غير مشروع ، كما هو الحال فى القاعدة العامة فى المسئولية ، وإنما مجرد وقوع الضرر من غير المميز . ولذلك فهذه المسئولية لا تفترض خطأ فى جانب المسئول وإنما مجرد فعل منه سبب الضرر (١) .

ومن ناحية ثانية فهذه المسئولية لا تقوم إلا إذا «لم يكن هناك من هو مسئول (عن عديم التمييز) أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول» . ولذلك فالفكرة التى توجد وراء هذه المسئولية ليست فكرة مجازاة المسئول على فعله غير المشروع بقدر ما هى فكرة ضمان حقوق المضرور . ولذلك أيضاً فهذه المسئولية يجب ألا تدور وجوداً وعدماً مع وقوع الضرر بالمضرور وإنما مع وقوع الضرر على حق من حقوقه بالمعنى الدقيق ، على نحو يقتصر معه إلتزام غير المميز على حدود ما يسمى الأضرار الجسمانية والمادية دون الاضرار الاقتصادية والمعنوية .

ومن ناحية ثالثة فالالتزام بالتعويض الناشىء عن هذه المسئولية يجد حدوده لا فى مقدار الضرر المتحقق بالضرورة وإنما فى الموازنة بين مركز الخصوم من الناحية المالية . ولذلك فالتعويض لا يقاس بقدر الضرر وإنما بقدر ما تمليه فكرة توزيع عبئه بين المسئول والمضرور وفقاً للحالة المالية لكل منهما .

=فيني ، تأملات فى المادة ٤٨٩ / ٢ من القانون المدنى ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٧٠ ، ص ٢٥٤ وما بعدها ، جاك ماسيب ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨) . وعلى العكس من ذلك فقد ذهب البعض إلى استحالة تسوية مسئولية عديم التمييز بمسئولية المميز وانتهى إلى أن مسئولية عديم التمييز مسئولية من نوع خاص تقتصر على مخالفة الواجبات المحددة بصفة خاصة (نعمان جمعة ، المقال السابق) . وغنى عن البيان ما يتضمنه هذا الاتجاه أوذاك من إغفال لما تقتضيه فكرة المسئولية التكليفية من اشتراط التمييز لقيامها فى حق المكلف .

(١) قرب : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، بند ٢٣٤ ، ص ٤٢٦ .

حقاً قد يبدو من هذا التحليل أن مسئولية غير المميز يمكن أن تتجاوز مسئولية المميز كلما كان سلوك غير المميز مشروعاً . ولكن هذه النتيجة ليست فى الواقع إلا أثراً من آثار المرحلة التى تمر بها المسئولية الوضعية التى لم تصل بعد إلى منزلة المبدأ العام الذى يقوم إلى جانب مبدأ المسئولية التكليفية . فعندما تصل المسئولية الوضعية إلى منزلة المبدأ العام الذى يقوم إلى جانب مبدأ المسئولية التكليفية ، سوف يكون المميز مسئولا عن كل ضرر يترتب على خطئه وعن كل ضرر يقع على حق للغير نتيجة فعل يقع منه ولو كان هذا الفعل مشروعاً ، وسوف يكون غير المميز مسئولا فقط عما ينتج من فعله من ضرر يقع على حق الغير دون ما يترتب على خطئه من ضرر لهذا الغير .

المسئوليه الوضعيه فى الشريعه الاسلاميه :

١١٠ — والواقع أن المسئولية الوضعية لم تصل إلى منزلة المبدأ العام الذى يحكم نظرية المسئولية برمتها إلا فى الشريعة الإسلامية . فالشريعة الإسلامية تؤسس المسئولية على الضمان استناداً إلى الحديث الشريف المعروف «لا ضرر ولا ضرار» ، والضمان لا يقوم إلا بالنسبة للمال المتقوم ، والتعويض يقتصر على الضرر المادى الحال الذى يصيب هذا المال ، على نحو تبدو معه عملية التعويض كمبادلة بين القيمة المنتقصة وقيمة التعويض . أما ما عدا ذلك مما ليس مالا متقوماً كالمنافع وما يسمى بالحقوق الأدبية فلا ضمان له ولا تعويض عن تفويته (١) .

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك : محمد ابراهيم الدسوقى ، المرجع السابق ، ص ٦٥ وما بعدها . على أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن المساس بحياة الانسان أو جسمه لا يوجب الضمان وإنما يوجب القصاص . فإذا امتنع القصاص أو نزل عنه صاحب الحق فيه وجب مال مقدر (الدية والارش) أو مال يقدره القاضى (حكومة العدل) . وهو بهذه المثابة لا يعدو أن يكون عوضاً عن المساس بالحياة أو الجسم كضرر مادى . المرجع السابق ص ٥٦ ومابعدها ، والمراجع المشار إليها .

على أنه يلاحظ فى هذا الصدد إجماع الفقه الإسلامى على التفرقة فى قيام الضمان بين مباشرة الضرر والتسبب فيه . فإذا لم يكن هناك من فاصل بين نشاط المسئول والضرر ، كان نشاطه بذاته مرتباً للالتزام بالتعويض . أما إذا فصل بينهما نشاط آخر فلا يقوم الالتزام بالتعويض إلا إذا كان النشاط المسبب للضرر يمثل تعدياً (١) . ويذهب جمهور المحدثين من الباحثين فى الشريعة الإسلامية ، تفسيراً لذلك ، إلى القول بأن الشريعة الإسلامية تستلزم الخطأ لقيام المسئولية فى حالة التسبب دون حالة المباشرة (٢) .

ومع ذلك فيبدو لنا ان القول باستناد مسئولية المتسبب إلى الخطأ يتعارض مع الأصل الذى قامت عليه نظرية المسئولية فى الشريعة الإسلامية وهو قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» وما تشير إليه من النظر فى الالتزام بالتعويض إلى عدم مشروعية ما أصاب المضرور من ضرر لا إلى عدم مشروعية ما أتاه المسئول من نشاط . كذلك فهذا القول يتعارض مع ما هو ثابت من تسليم جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية – عدا بعض المالكية – بقيام الضمان فى حق عديم التمييز ، دون تفرقة بين صورة المباشرة وصورة التسبب(٣) . حقاً إن التمييز ليس ركناً فى الخطأ على نحو ما قدمناه . ولكن التمييز مع ذلك شرط لقيام التكليف ومن ثم للمساءلة عن الخطأ .

---

(٢) أنظر فى تفصيل هذه التفرقة : على الخفيف ، الضمان فى الفقه الاسلامى ، ١٩٧١ ، ص ٤٠ وما بعدها ، وص ٧٤ وما بعدها؛ الفروق للقرافى ؛ جـ ٢ ، ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى : شفيق شحاته، نظرية الالتزام فى الفقه الاسلامى ، البنود: ٢١٧ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ؛ حسين صفائى ، حماية غير كامل الأهلية (بالفرنسية) ، باريس ، ١٩٦٦ ، ص ٨٢ وما بعدها ؛ نعمان جمعة ، المقال السابق ، بند ١٤ والمراجع المشار اليها فيه ، ص ٣٤ حاشية (٣٨) .

(٣) أنظر فى هذا الصدد ، على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٨ وما بعدها . وأنظر كذلك ص ٧٥ حاشية (١) ، حيث يقول بصدد اشتراط التعدى فى التسبب : «ذلك ما يدعو إلى النظر فيما إذا كان المسبب صبياً أو مجنوناً فهل ينظر إلى أهليته فلايعد الفعل الذى يصدر منه اعتداء مسبباً لعدم تصور التعدى فيه فلا ضمان عليه حينئذ أو ينظر إلى نفس الفعل و كونه محظوراً ليعد اعتداء ويكون عليه الضمان . ذلك ما لم أره ويظهر من اطلاقهم ضمان فاعل الفعل الأول اعتبار النظر الثانى والالزام بالضمان محافظة على الأموال» .

وحقيقة الأمر أن مبنى المسئولية فى حالة التسبب هو المساس بحق المضرور لا ما قد يمثله النشاط الضار من خطأ فى السلوك ، تماماً كما فى حالة المباشرة ، غاية ما فى الأمر أنه فى حالة التسبب يكون هناك أكثر من نشاط واحد تدخل فى إحداث الضرر ، أحدها تدخل بطريق غير مباشر والآخر تدخل بطريق مباشر ، مما يتعين معه تغليب أحدهما على الآخر وإسناد الضرر اليه ، وأن فقهاء الشريعة الإسلامية قد وجدوا من المنطقى فى هذه الحالة اسناد الضرر إلى النشاط المباشر ما لم يكن النشاط غير المباشر يمثل تعدياً فينسب إليه الضرر. وبعبارة أخرى فالمشكلة التى يثيرها اشتراط التعدى فى صورة التسبب ليست مشكلة خطأ بقدر ما هى مشكلة سببية .

وقد بصر بعض فقهاء الشريعة المحدثين بهذا النظر . ومن ذلك مثلا ما يقوله الأستاذ على الخفيف (١) من أن مبنى التفرقة بين المباشرة والتسبب فيما يظهر «أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر دون نظر إلى فاعله وقصده فوجب إلزامه بما يرفع هذا الضرر ، لانتسابه اليه واحداثه اياه اما عند التسبب فلا يكون لسببية الفعل هذا الظهور ، لوجود فعل آخر مفض إلى الضرر فاصل بينه وبين الضرر مع تراخ للضرر عن الفعل المسبب فإذا ما انتفت نسبته إليه خفيت سببيته وضعفت وعند ذلك لا يصلح أساساً لإلزام صاحبه بالضمان ، وإذا نسب الضرر إليه وكان غير محظور شرعاً لم يصلح سبباً موجباً للضمان مع ثبوت حقه فى فعله فوجب لذلك أن يكون محظوراً حتى يكون التضمين من موجبات حظره وتبعاته دفعاً للإضرار به»

---

(١) المرجع السابق، ص ٨٣. ويلاحظ فى هذا الصدد أن مسئولية عديم التميز عن التعويض لا تختلط بانعدام مسئوليته الجنائية بالنظر إلى قيام هذه الأخيرة على أحكام تكليفية. قرب: افلاطون، القوانين ، الكتاب التاسع ، ٨٦٤ (أشار اليه جان لا فون ، المرجع السابق ، ص ١٩٩) حيث يفرق بين عدم المسئولية عن الجريمة وبين الالتزام بالتعويض .

خاتمـــة

١١١ـ لم يكن هدفنا من هذه الجولة عبر أنظمة القانون المدنى ونظرياته – من الشخصية إلى الأهلية إلى التميز إلى التصرف القانونى إلى الفعل الضار – معالجة الموضوعات التى طفنا بها ، بقدر ماكان محاولة إيجاد الأصول التى ترتد إليها والتى تنساب منها أحكامها . ولذلك فخلاصة بحثنا لا تتعلق بتفصيل أحكام هذه الموضوعات بقدر ماتتعلق بربط هذه الأحكام بالنظرية العامة للقانون ، وثمرة هذا البحث تتحصل فى إلقاء الضوء على علاقة الأنظمة السابقة بالبنيان العام للقانون .

وقد اتضح لنا أن هناك حقيقتين أساسيتين فى القانون الوضعى تعجز النظريات القانونية السائدة فى تصور بنيان القانون عن تفسيرهما . فأما الحقيقة الأولى فهى أن من أحكام القانون ما يتعلق بالإنسان منذ وجوده وبصرف النظر عن توافر التميز لديه وأن منها ما لا يتعلق إلا بالإنسان المتمتع بالإدراك والقدرة على التميز . وأما الحقيقة الثانية فهى أن تعلق حكم قانونى معين بالإنسان يبدو من ناحية إعمالا لقاعدة قانونية عامة مجردة ويبدو من ناحية أخرى أثراً لتصرف قانونى فردى أو واقعة قانونية فردية ، على نحو يبدو معه الإلزام بهذا الحكم تارة إلتزاما بالقاعدة القانونية وتارة أخرى إلزاماً بالتصرف أو الواقعة وأن مناط الإلزام بالحكم يجب أن يكون واحداً سواء نظرنا اليه من زاوية الدليل الأول أو من زاوية الدليل الثانى .

فأما عن الحقيقة الأولى فقد رأينا أن فقه الحقوق – الذى يركز جوهر القانون فى حقوق الإنسان – يجعل مناط الإلزام بالقانون هو مناط ثبوت الحقوق ، مما يجعل هذا المناط غير قابل لتفسير الإلزام بأحكام القانون التى

لا تثبت حقوقاً وإنما تقيم تكاليفاً من واجبات والتزامات . هذا إلى أن الربط بين مناط الإلزام بأحكام القانون وبين مناط ثبوت الحقوق من شأنه أن يعرض فكرة مناط الإلزام بأحكام القانون – وهى فكرة موضوعية بحتة – لكافة التيارات الايديولوجية والفلسفية المتناقضة التى تتنازع فكرة الحق .

كذلك فقد رأينا أن فقه القاعدة القانونية – الذى يركز مضمون القانون فى قواعد السلوك – يجعل مناط الإلزام بأحكام القانون هو مناط التكليف ، وهو توافر الإدارك أو التميز . وهو بذلك يتجاهل أن عدم التميز يترتب فى جانبه كثير من الآثار القانونية من حقوق والتزامات قانونية.

وأما عن الحقيقة الثانية فقد رأينا أن فقه الحقوق ينظر إلى التصرف القانونى الفردى أو الواقعة القانونية الفردية المسببان كما لو كانا مصدر الحكم القانونى . ويبحث فيهما عن مناط الإلزام بهذا الحكم ، فيصطدم بذلك مع الحقيقة المسلمة من أن الإلزام الناشىء عن التصرف القانونى أو الواقعة القانونية هو إلزام بأحكام القانون بمعناه الموضوعى أو على الأقل يتجاهل هذه الحقيقة .

أما فقه القاعدة القانونية فهو لا ينظر إلا إلى القاعدة القانونية وحدها ، ولا يبحث عن مناط الإلزام بأحكام القانون إلا فى هذه القاعدة . وهو بذلك إما أن يلغى التصرف القانونى كحدث مستقل فى وجوده عن القاعدة القانونية بالمرة – على نحو ما رأيناه لدى ديجى – وإما أن يسلكه فى إطار فكرة القاعدة القانونية بثمن باهظ هو تجريد هذه القاعدة من صفتها العامة المسلمة .

١١٢ – وقد تبين لنا – بعد تتبع ما تثيره هذه التناقضات السابقة فى الفقه القانونى المعاصر ومقابلتها بفقه نظرية الأصول فى الفكر القانونى الإسلامى – أن أحكام القانون ترد إلى قسمين رئيسيين هما الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية ، وأن مناط الإلزام بأحكام كل من القسمين يختلف عن مناط الإلزام بأحكام

القسم الآخر . فالأحكام التكليفية تواجه سلوك الإنسان فتحمله بأمر أو تمنعه منه أو تترك له الخيار فى شأنه . وهى لذلك تفترض فيمن تلحق به القدرة على فهم خطاب الشارع والحرية فى اختيار أفعاله وتوجيه سلوكه . وهذه وتلك مناطها الإدراك أو التمييز . أما الأحكام الوضعية وهى مجرد ربط من الشارع – أو علاقة منطقية – بين مؤثر معين وأثر قانونى أو هى وضع أوجعل من الشارع لا يتعلق بالضرورة بسلوك الإنسان. ولا يحمل معنى الوجوب بقدر ما يحمل معنى الكينونة. ولذلك فالإلزام بها لايتوقف على حقيقة أخرى خارجة عن خطاب الشارع بها كالقدرة على فهم هذا الخطاب أو إرادة الحدث المؤثر إذا ما كان هذا الحدث فعلا مقدوراً للإنسان أو كونه من اختياره وبناء على ما يمليه عقله . ولذلك فالإلزام بهذه الأحكام لا يتوقف على توافر الإدراك والتمييز لدى الإنسان بقدر مايتوقف على وجوده وحده.

ومن الواضح أن القول بازدواج مضمون القانون إلى أحكام تكليفية وأحكام وضعية على هذا النحو من شأنه أن يفسر الحقيقة الأولى وأن يبرر إلزام بعض أحكام القانون للإنسان منذ وجوده وقبل توافر الإدراك والتمييز لديه وعدم إلزام البعض الآخر له إلا منذ توافر هذا الإدراك والتمييز ، بعيداً عن الايديولوجيات التى تقف وراء القول بأن القانون مجرد حقوق أو مجرد قواعد قانونية ، والمناداة بسيطرة هذه الفكرة أو تلك على بنيان القانون .

ومن الواضح كذلك أن التفرقة بين الحكم التكليفى والحكم الوضعى تفسر الحقيقة الثانية . ففيما يتعلق بالتصرف القانونى ، يعتبر هذا التصرف فعلا للإنسان فيدخل بذلك فى خطاب التكليف . وهو ليس مطلوب الفعل ولا مطلوب الاجتناب فينضوى تحت أحكام الإباحة . ولكن التصرف القانونى مؤثر لأثر قانونى هو ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات . ولذلك فهو يدخل من هذه الزاوية فى خطاب الوضع . وترتيباً على ذلك فالتصرف القانونى لا يكون صحيحاً إلا إذا توافرت لدى صاحبه أهلية التكليف . ولكنه إذا ما نشأ صحيحاً رتب أثراً فى حق من يتوجه إليه دون حاجة إلى توافر هذه الأهلية فيه . وأما فيما يتعلق بالفعل الضار ، فهذا الفعل قد يكون خطأ فتكون

المسئولية الناشئة عنه مترتبة على حكم تكليفى وقد لا يكون كذلك فتكون مترتبة على حكم وضعى .

١١٣ — وإذا كانت هذه هى نتيجة البحث فيما يتعلق بالمشكلة التى يواجهها ، فإن هذا البحث يوجه النظر كذلك إلى ملاحظتين هامتين فيما يتعلق بالدراسة القانونية بصفة عامة . وأول هاتين الملاحظتين هى أن كثيراً من التناقضات والتعقيدات التى يواجهها الباحث فى القانون إنما ترجع إلى عدم التمييز بين دراسة القانون من الناحية الفنية المجردة وبين دراسة القانون فى علاقته بما يحكم تطوره وارتقاءه من معطيات اجتماعية أو أيديولوجية ، أو بعبارة أخرى مواجهة الجانب الفنى من القانون من خلال جانبه الاجتماعى والايديولوجى . فمثل هذا الخلط من شأنه أن يشيع الغموض فى تصورنا لبنيان القانون . فبنيان القانون هو بنيان منطقى بحت يستند إلى ملاحظة مكونات النظام القانونى فى كل زمان ومكان وتحليلها . أما ما يحكم تطور القانون وارتقاءه من معطيات اجتماعية أو ايديولوجية فهو يختلف من عصر إلى عصر ومن مكان إلى مكان ومن فقيه إلى فقيه . ولذلك فمواجهة الجانب الفنى للقانون من خلال الجانب الاجتماعى أو الايديولوجى من شأنه بالضرورة أن يشيع البلبلة والاضطراب فى هذا الجانب الأول . وقد رأينا مثلا واضحاً لذلك فى نظرية فقه الحقوق . فقد ألقت الأيديولوجية الفردية بثقلها على فكرة الحق فى معناها الفنى وأشاعت عدم الانضباط فيها وأدت إلى عدم استجابة نتائجها لمعطيات النظام القانونى الوضعى . كذلك فقد رأينا مثالا آخر لذلك فى نظرية القاعدة القانونية . فهذه النظرية تقوم على أيديولوجية جماعية كلية متسلطة . وقد ألقت هذه الأيديولوجية بثقلها على فكرة القاعدة القانونية فأظهرتها كقاعدة للسلوك وحجبت بذلك المجال الواسع للقواعد التقريرية التى لا تأمر أو تنهى عن سلوك معين أو تبيحه .

ولذلك فقد رأينا أن دراسة الجانب الفنى للقانون يجب أن تعتمد على معطيات النظام القانونى وحدها مجردة عما يواجه هذا النظام من حقائق اجتماعية أو أيديولوجية . وليس معنى ذلك بالطبع أننا ننكر تأثير المعطيات

الاجتماعية والأيديولوجية فى خلق القانون أو تطويره ، وإنما معناه أن هناك جانبان مختلفان للقانون كل منهما محل لعلم من العلوم القانونية مستقل عن الآخر .

وأما الملاحظة الثانية فهى أن القانون المعاصر لا يعرف نظرية متكاملة وشاملة للقانون فى بنيانه الفنى ، تجمع بين كلياته وجزئياته ، وتوفق بين أصوله وفروعه . ولذلك فالأصول التى يقررها فقه القانون كثيراً مالا تصمد لامتحان تطبيقها على الفروع والجزئيات وكثيراً مالا تجد لها صدا فى الكليات . فنحن نقرر مثلا أن القانون هو مجموعة من الحقوق وأن الحق هو إرادة ثم نواجه بحقيقة ثبوت الحقوق لعديم الإرادة فى القانون الوضعى. ونحن نقرر أن القانون مجموعة من قواعد السلوك الملزم ثم نواجه بعد ذلك قواعد قانونية لا تلزم إلا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها وأخرى مقررة لا تأمر بشىء أو تنهى عنه . ونحن نقرر أن المسئولية لا تقوم بدون خطأ ثم نواجه بوجود حالات للمسئولية تعجز فكرة الخطأ عن تفسيرها. ونحن نرى فى التصرف القانونى مجرد إرادة ثم نضطر بعد ذلك إلى الاعتراف بإنتاج التصرف القانونى أثاراً لا تكاد تمت لإرادة مصدره بصلة .

ولا شك أن هذا النقص فى فقه القانون المعاصر هو نقص منهجى نابع عن عدم المواجهة المستقلة للجانب الفنى فى القانون . ودليل ذلك أن الفقه الإسلامى الذى عنى بهذا الجانب لا يشوبه مثل هذا النقص . فقد وعى فقهاء الشريعة الإسلامية منذ زمن بعيد ضرورة تحقيق التناسق والانسجام بين كافة أجزاء البنيان القانونى من أصوله إلى فروعه ، فعنوا بوضع قواعد الأصول حتى يصير من بعد ترتيب الأحكام التفصيلية على هدى منها .

تم بمشيئة الله طبع هذا المقال ،
فى مطبعة جامعة الاسكندرية ،
يوم السبت ١٢ من اكتوبر ١٩٧٤
مدير المطبعة
محمد يوسف البساطى

— reliées d'une manière telle que l'équilibre troublé au cours d'une période (à cause de l'introduction des éléments de dynamisme) est rétabli au cours de la période qui suit, ce qui représente l'effet des éléments de dynamisme;

— de plus, l'analyse doit montrer comment l'équilibre a été rétabli au cours de la période suivante; autrement dit, le comportement du système qui rétablit l'équilibre doit être expliqué.

L'équilibre dont les conditions sont satisfaites dans un système que l'on a analysé d'une telle façon est un équilibre dynamique[1].

Pour définir un équilibre stationnaire, il faut montrer comment on arrive à l'idée d'un état stationnaire. On y arrive ainsi : considérer un point de temps donné, t. A ce point, toutes les formes instantanées des variables Xt, Yt, Zt... seront données à travers l'évolution du système; et aussi toutes les formes dynamiques des variables. Une telle situation, dans sa totalité détermine ce qu'il arrivera s'il est permis au système de continuer dans son mouvement, Ce mouvement nouveau, amènera-t-il les variables *à s'ecarter* de leurs valeurs instantanées Xt, Yt, Zt... qu'elles avaient au point de temps considéré ? Autrement dit, la configuration du système, changera-t-elle ? Il est concevable qu'il peut exister une situation particulière où aucune tendance au changement ne se manifeste. Une telle situation est l'état statonnaire[2]. On voit donc qu'il ne s'agit pas des relations entre les éléments au cours d'une période donnée, sans que le mouvement du système affecte le niveau de son comportement.

---

1. Sur l'approche dynamique; voir A. Marchal, Méthode Scientifique et Science Economique, Génin, 1952—55, Tome II, p. 113 et sqq. — . R. Barre, La période dans l'analyse économique, Sedes, Paris, 1950, p. 132 et sqq.

2. Frisch, p. 101—103.

lorsque les relations sont telles qu'elles déterminent un ensemble de valeurs pour les variables du système, un ensemble qui ne manifeste aucune tendance à varier sous la seule influence des faits inclus dans ces relations per se. Ces relations définissent les conditions ou la position d'équilibre. Dnas ce cas, on dit qu'il existe un ensemble de valeurs pour les variables du système qui satisfait les conditions d'équilibre[1].

Un équilibre peut être statique, dynamique ou stationnaire selon la nature de la manière d'envisager les relations entre les éléments du sytème par rapport au temps. Si les relations relient des éléments portant le même souscrit du temps, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit de relations entre éléments considérés à un point du temps, l'équilibre est statique. Autrement dit, l'équilibre est statique quand quand ses conditions sont satisfaites grâce à une analyse qui envisage les éléments du système et leurs relations à un moment donné, en supposant une simultanéité des causes et des effets. 2.

Le système est en équilibre dynamique lorsque ses conditions sont satisfaites par une analyse qui envisage le système dans sa transformation au cours des périodes successives, en tant que processus. L'analyse est dynamique, lorsque :

— les variables aux différents points du temps sont fonctionnellement reliées;

---

1. Schumpeter, p. 969.

2. D'un point de vue différent, on distingue l'équilibre stable, l'équilibre neutre et l'équilibre instable. Dans un équilibre stable, la valeur de la variable est telle que, si changée inconsidérablement, elle incite l'action des forces qui tendent à reproduire l'ancienne valeur. Un équilibre neutre a des valeurs d'équilibre qui ne connaissent pas ces forces. Pour un équilibre instable, les valeurs des variables sont telles que le changement fait agir des forces qui tendent à éloigner le système des valeurs d'équilibre. Schumpeter, p. 970.

Dans le *domaine de la physique*, l'équilibre est un état de stabilité entre des forces ou des effets opposés. Un système est en équilibre lorsque le résultat des forces agissant sur lui est nul. Si ces forces ne produisent aucun mouvement, l'équilibre est statique. Le système est en équilibre dynamique lorsque deux processus opposés s'accomplissent dans le système à la même vitesse et maintiennent ce dernier inchangé.

Dans le *domaine de la biologie*, où le fait essentiel est la capacité de la vie à l'expansion, l'équilibre est conçu d'une manière opposée à celle retenue dans le domaine de la physique. La vie semble être un déséquilibre physico-chimique permanent. Dès que la nutrition cesse, les organismes se mettent en équilibre avec leur milieu, et meurent. L'organisme ne doit donc pas laisser s'établir l'équilibre physique et chimique qui, sans lui, aurait lieu normalement entre les éléments matériels qui le constituent[1]. Si la vie est un déséquilibre physico-chimique, un organisme est en équilibre lorsqu'il se développe dans des proportions harmonieuses, et effectue ses fonctions d'une manière régulière. Ainsi, l'équilibre biologique est la négation de l'équilibre physico-chimique.

Dans le *domaine de l'analyse économique*, un système est dit en état d'équilibre lorsque chacun de ses éléménts qui tendait à s'écarter de sa position initiale y revient grâce à l'action des forces du système lui-même. Si le système économique est considéré comme un sytème dont les éléments (soit les secteurs, les classes sociales, les agents ou les simples facteurs variables) sont interdépendants, et agissent mutuellement l'un sur l'autre produisant un certain ensemble de relations, on parle de son équilibre,

1. Dumontier, p. 55.

ANNEXE

Du concept de l'équilibre

"Equilibre" est un de ces termes souvent utilisés mais rarement précisés. Très souvent dans nos études, référence sera faite à la conception d'équilibre. Cela pourrait justifier une courte digression qui vise à quelques précisions dans l'utilisation du concept1.

Tout d'abord, une distinction doit être faite entre deux concepts d'équilibre, à savoir :

— L'équilibre conçu comme un état réel de la sociécé un état que l'on doit atteindre, soit par la découverte des lois qui gouvernent un ordre naturel équilibré, soit par le fonctionnement spontané du système économique, et

— L'équilibre en tant que concept méthodologique indispensable pour la compréhension du monde réel.

En tant que concept methodologique, l'équilibre, comme d'autres concepts de la logique, est utilisé dans plusieurs branches de science2.

---

1. Pour cette annexe, les références suivantes ont été consultées : J. Dumontier, Equilibre Physique, équilibre bilogique, équilibre économique, PUF, 1949. — R. Frisch On the Notion of Equilibrium and disequilibrium, Rev. Ec. St., Vol III, 1935— 36, p. 100—105. — . Granger, G.G., Méthodologie Economique, PUF, 1955. — .M. M. Prenant, Biologie et Marxisme, Editions Hier et Aujourd'hui, 1948.— . Schumpeter ter, J., History of Economic Analysis, Allen & Unwin, Londres, 1961. — . E Uranov et D. Chapman, Dictionnaire des Sciences, PUF, 1956.

2. L'ordre de présentation n'entend pas montrer dans quelle branche le concept d'équilibre a été utilisé d'abord. La question est contreversable; tandis que Dumontier, (p.6) et Granger (p. 25—26) soutiennent que le concept a été emprunté par les économistes aux branches de la science pure alors que Schumpeter dit que non (p. 337, n. 7).

en (2), on a :

$$(4) \quad \frac{UMa}{UMb} = \frac{Pa}{Pb}$$

Des relations (1) et (4), on voit que la condition de l'équilibre du consommateur est, dans les deux théories, la même. Dans l'analyse de l'utilité ordinale, on entrevoit donc l'utilité marginale et la cardinalité de l'utilité[1].

+

+ +

Ainsi se réalise notre premier but : la théorie de l'utilité ordinale aboutit aux mêmes conclusions que celles de l'utilité cardinale. Sur le plan théorique, elle représente donc des substituts presque parfaits.

La réalisation de ce but ne représente qu'une étape vers notre objectif final : donner à cette analyse une appréciation critique, d'abord au point de vue théorique — ce qui ne peut see faire que dans le cadre de l'appréciation critique de l'ensemble de la vision marginaliste de l'Economics, et en confrontant, ensuite, ces conclusions à la réalité de l'économie capitaliste. Ce que nous tâcherons de faire dans les deux articles qui suivent.

---

1. Ce qui explique, peut-être, la tentative d'élaborer une troisième sorte d'analyse du comportement du consommateur dont le résultat est connu par la théorie de "revealed preference". Cf. P. Samuelson, Foundations of Economic Analysis, Harward Cambridge, Mass., 1947; et aussi, Consumption Theorems in Terms of Overcompensation Rather than Indifference Comparisons, Economica, Vol. XX, fév. 1953.

Le revenu et les prix étant donnés, le consommateur répartit ses dépenses entre les deux biens d'une manière telle que le taux marginal de substitution ($\frac{\Delta x}{\Delta y}$, en général) soit égal au rapport des prix des biens ($\frac{Py}{Px}$).

La condition d'équilibre est donc :

$$(2) \quad \frac{\Delta b}{\Delta a} = \frac{Pa}{Pb.} .$$

Or, le taux marginal de substitution entre ies deux biens, a et b, montre la quantité additionnelle du bien b nécessaire pour compenser le consommateur de la perte d'une quantité du bien a. Autrement dit, le TMS détermine la quantité de l'utilité additionnelle (réalisée par une quantité additionnelle de b) qui compense le consommateur de la perte d'utilité dûe à la diminutionde la quantité du bien a. La perte d'utlité dûe à la consommation d'un nombre plus petit d'unités de bien a est juste compensée par le gain réalisé en consommant davantage de b. Ce qui veut dire que :

$$\Delta\, b \times UMb = \Delta\, a \times UMa \text{ , d'où}$$

$$(3) \quad \frac{\Delta b}{\Delta a} = \frac{UMa}{UMb} .$$

En remplaçant $\frac{\Delta b}{\Delta a}$ en (3) par sa valeur déterminée

$\frac{UMa}{Pa} = \frac{UMb}{Pb}$, ou (par propriété de la proportionalité).

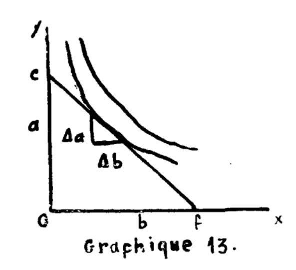
(1) $\frac{UMa}{UMb} = \frac{Pa}{Pb}$.

Selon la théorie de l'utilité ordinale, la condition formelle d'équlibre est que :

la pente de la ligne de prix (qui est égale à la pente de la courbe) soit égale aux taux marginal de substitution entre les deux marchandises, a et b, et égale au rapport entre les prix de deux marchandises. Autrement dit :

$\frac{of}{oc} = \frac{\Delta b}{\Delta a} = \frac{Pa}{Pb}$, puisque :

(ayant R et prix comme données)



Graphique 13.

$oc = \frac{R}{Pa}$ et of $= \frac{R}{Pb}$,

$\frac{of}{oc} = \frac{R}{Pb} \times \frac{Pa}{R} = \frac{Pa}{Pb}$).

— combinaisons des facteurs de production (choix de l'entrepreneur),

— combinaison des techniquess de production pour un plan d'ensemble des investissements (choix du planificateur à l'échelle de l'économie nationale planifiée).

Ce qui montre l'importance de cette carte entant qu'instrument de choix, de calcul économique.

+

+ +

Ayant dépensé tant de temps et tant d'efforts dans l'élaboration d'une telle théorie qui espère échapper à la critique avancée contre la théorie de l'utilité cardinale (à savoir, que l'utilité, étant un phénomène interne, n'est pas mesurable), peut on dire que la théorie de l'utilité ordinale s'est immunisée contre ce reproche ? La réponse à cette question se fait par la comparaison des résultats analytiques des deux théories.

— V —

La condition d'équilibre dégagée par le deux théories.

Nous savons que la condition formelle de l'équilibre du consommateur, selon la théorie de l'utilité cardinale, est :

$$\frac{UMa}{Pa} = \frac{UMb}{Pb} = \ldots\ldots = \frac{UMn}{Pn} = UMm.$$

Dans le cas de deux marchandises, a et b, cette condition est :

l'élasticité de la demande par rapport au prix dépend de la puissance et de la direction de l'effet de revenu et de l'effet de substitution, dont l'effet de prix est le résultat.

En général, exception faite pour les biens inférieurs, l'effet de revenu et l'effet de substitution sont positifs, ce qui produit une augmentation de la quantité demandée quand le prix de la marchandise baisse; et vice-versa.

+

+ +

Ayant terminé l'analyse de la théorie ordinale, il ne nous reste plus qu'à faire la comparaison entre les deux théories, cardinale et ordinale, en ce qui concerne l'équilibre du consommateur. Mais, avant de la faire deux remarques doivent être explicitées :

— l'analyse des ordinaux a été exposée en termes de deux marchandises, ce qui exige l'utilisation de graphiques bidimensionnels. Cependant, l'analyse peut être effectuée en termes de plusieurs marchandises. Mais cela nécessitera l'utilisation de graphiques multidimensionnels dont la construction sur le papier représente un travail fastidieux.

— dans la deuxième remarque, il importe de dire que la carte des courbes d'indifférence représente un instrument qu'on peut utiliser chaque fois que l'on se trouve dans une situation où on doit choisir entre plusieurs alternatives :

— combinaisons de biens de consommation (choix du consommateur),

— combinasion de travail et de loisir (choix des individus),

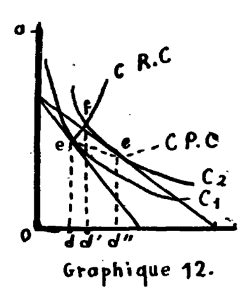
— combinaisons des dépenses actuelles et épargne,

— il existe d'abord un *effet de revenu* qui provoque un mouvement sur la courbe CR-C de e à f, et qui rend le consommateur plus riche. Car la baisse du prix de b signifie, le revenu monétaire restant invariable, l'augmentation du revenu réel. Avec l'augmentation du revenu, le domaine des pos sibilités sera plus étendu, et la quantité demandée sera plus grande.

— il existe, ensuite, un *effet de substitution* qui incite un mouvement sur la courbe d'indifférence C2 (même courbe), indiquant que le consommateur achètera davantage de b dont le prix a baissé. Car, avec la baisse de son prix, b devient meilleur marché par rapport à la marchandise a, dont le prix est resté constant. Il lui sera donc plus avantageux de remplacer la marchandise a par b jusqu'au point où la signification marginale de b en termes de a sera de nouveau égale au prix de b, en termes de la marchandise a. Le consommateur le fait en se déplaçant sur la nouvelle courbe d'indifférence, C2, qui est plus éloignée de l'origine. Cela est représenté sur le graphique par un mouvement de f à e'.

Il est donc raisonnable de considérer l'effet de prix comme le résultat net d'un effet de revenu et d'un effet de substitution. Sur notre graphique, la demande pour b augmente de od à od'' avec le mouvement sur la courbe de prix-consommation (CP-C) de e à e'. Une partie de cette augmentation (=dd') est le résultat d'un effet de revenu; et le reste (= d'e'') d'un effet de substitution.

Il est donc évident, nous l'espérons, que l'augmentation de la quantité demandée d'une marchandise, soit b, dont le prix baisse, dépend de la puissance et la direction de l'effet de revenu, d'une part, et de l'effet de substitution, d'autre part. Ce qui revient à dire que



Graphique 12.

— la courbe de prix-consommation (CP-C) montre la relation entre le prix et la consommation.

Maintenant, supposons que le prix de b baisse, le prix de la marchandise a et le revenu monétaire restant constants, le consommateur aura un nouveau point d'équilibre déterminé par le point de tangence de la nouvelle droite de prix et la courbe d'indifférence C2, sur le point e'.

Effectivement, ce mouvement de l'équilibre initial à une nouvelle position d'équilibre, dû à l'effet de prix, est composé de deux mouvements :

— d'abord, un mouvement sur la courbe de revenu-consommation (CR-C) du point e au point f. Ce mouvement peut être considéré comme un effet de revenu, et

— un mouvement sur la même courbe d'indifférence C2, du point f au point e'. Ce mouvement peut être considéré comme un effect de substituion.

Expliquons-nous : L'effet de prix est en réalité le résultat de deux forces différentes qu'on peut considérer séparément :

En utilisant cette technique, on est arrivé à éliminer l'effet de revenu.

Maintenant, l'accroissement des achats en termes de la marchandise b, représenté par un mouvement de e à e'' sur la courbe C1, soir st, est la mesure de l'effet net de substitution. Le reste des achats de b (soit ut) représente l'effet de revenu).

On voit donc que l'effet de substitution peut toujours être représenté par un mouvement sur la *meme* courbe d'indifférence.

L'effet de prix : se décompose en effet de revenu et effet de substitution En discutant l'effet d'un changement du prix d'une marchandise sur l'équilibre du consommateur (en supposant que le revenu et les prix des autres machandises restent constants) on a vu qu'un tel changement, quand il est vers la baisse, amènera le consommateur à un nouveau point d'équilibre qui se trouve sur une courbe d'indifférence plus éloigné de l'origine (représentant un niveau de satisfation plus élevé.) Lors de cette discussion, on a tracé le mouvement du point d'équilibre (d'une courbe à l'autre), mouvement qui résulte de la baisse du prix, sans entrer dans les détails comment ce mouvement sést produit.

Maintenant nous voudrions voir les choses de plus près pour découvrir les forces qui se trouvent derrière un tel mouvement. Ce que nous ferons à partir du graphique 12.

Le point de départ est une situation d'équilbre représentée par le point e sur la courbe C1.

— la courbe de revenu-consommation (CR-C) montre la relation entre le revenu et la consommation.

Supposons que le prix de b a baissé (le prix de a et le revenu restant constants), cette baisse causera un déplacement de la ligne de prix vers la droite AB', le consommateur, se déplace du point e sur la courbe d'indifférence C_1 au point e' sur la courve C_2. Ce déplacement qui montre un niveau plus élevé de satisfaction est dû au changement du prix de b (à l'élasticité de la demande par rapport au prix).

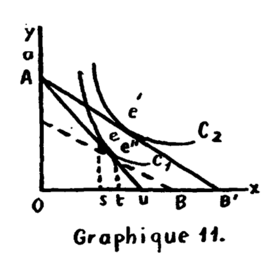
Supposons, cependant, que, tandis que le prix de b baisse, le revenu monétaire du consommateur diminue dans une mesure assez juste pour contrebalancer la baisse du prix de b. Le prix de b a baissé, et le mais son revenu a diminué. Alors les effets des deux changements se carrent consommateur continuera à être sur la même courbe d'indifférence C1 (ayant le même niveau de satisfaction). Mais il ne sera plus au même point e sur la courbe C1. Pourquoi ? Car la baisse du prix de b, le prix de la machandise a restant invariable, signifie que a devient plus cher en termes d'unités de b(le prix de la marchandise a en termes d'unités de b égale $\frac{OB'}{OA}$. A ce moment-là, une quantité de la marchandise a sera remplacée par une quantité de b. Pour montrer graphiquement comment se réalise un tel ajustement, on fait reculer la nouvelle ligne de prix AB' jusqu'à ce qu'elle devienne tangente à la courbe C1 au point e''.

— le déplacement de la ligne de prix de AB à AB' représente la baisse de prix de b, et

— le recul de la ligne AB' jusqu'à ce qu'elle devienne juste tangente à lacourbe C1, reprsente la *variation compensatrice du revenu.*

le système des prix relatifs changent, car il existe pour chaque ensemble des prix relatifs, une pente différente de la droite des prix. Les points de tangence sur les courbes d'indifférence successives seront donc différemment placés.

L'effet de substitution : Cet effet se réalise, rappelons-nous,quand les prix relatifs des marchandises consommées changent d'une manière telle que le consommateur n'est ni lavorablement, ni de'lavorablement affecté, au point de vue de son revenu réel. Mais il sera quand même incité à ré-arranger ses achats conformément aux nouveaux prix relatifs. Nous expliquons cette hypothèse à partir du graphique 11.



Graphique 11.

Le point de départ est une situation d'équilibre au niveau de revenu R, les prix de a et b étant donnés. Dans cette situation :

— AB est la droite de prix,

— e représente sur la courbe c1 la combinasion qui donne la satisfaction optimale.

— le prix de la marchandise en termes d'unités de

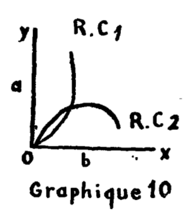
$$b = \frac{OB}{OA} .$$

ailleurs, l'augmentation du revenu augmentera la quantité demandée, et vice-versa. Ce qui est représenté par la courbe R-C (graphique 9), la courbe de revenu-consommation (exprimant la relation entre le revenu et la consommation) qui montre, qu'en règle générale, les deux varient dans la même direction. Quand la courbe revenu-consommation a la forme figurant sur le graphique, on dit que l'effet du revenu est positif par rapport aux deux marchandises.

Mais, il est très possible que l'augmentation du revenu augmentera les quantités demandées des deux marchandises jusqu'à un certain point au-delà duquel la quantité d'une de ces deux marchandises commencera à diminuer avec l'augmentation du revenu. C'est le cas des biens inférieurs. A partir de ce point, on parle d'un effet de revenu négatif :

— R-C1 montre la courbe de revenu-consommation quand la marchandise b est un bien inférieur.

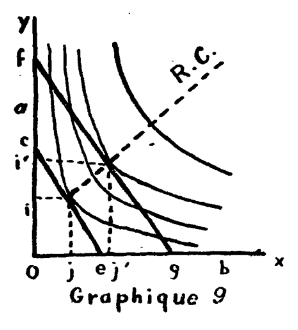
— R-C2 est la courbe quand c'est la machandise a qui est un bien inférieur (Graphique 10).



Graphique 10

Il importe d'ajouter qu'il existe pour chaque système des prix relatifs, une courbe revenu-consommation, pour notre consommateur. La courbe sera différente quand

La différence représentera l'effet réalisé. Comme le montre le graphique 9.



Graphique 9

— h_1 représente le point du départ. A ce point le consommateur achète la combination $o_i = o_j$, en dépensant la totalité de son revenu R_1.

— les prix, P_a et P_b, restant constants, son revenu augmente devenant R_2.

— fg reprsente la nouvelle droite de prix; le champs de ses possibilités s'est étendu.

— h_2, le point de tangence, représentera la nouvelle situation d'équilibre à une courbe d'indifférence plus éloignée de l'origine (un niveau d satisfaction plus élevé). II achète la comgine (un niveau de satisfaction plus élevé). Il achète la combinaison oi' + oj, où oi'>oi et oj'>oj.

— les quantités achetées (des deux marchandises) au revenu R_2, sont plus grandes que celles demandées au revenu R_1.

Ainsi, on peut déduire que, toutes choses égales par

Néammoins, le consommateur, voyant que le prix des différentes marchandises ont varié différemment, peut estimer bénéfique de reconsidérer ses achats en augmentant la quantité de la marchandise dont le prix a baissé, et en diminuant la quantité de la marchandise dont le prix a haussé. (en supposant que l'une remplace l'autre dans la satisfaction recherchée). Le but de l'analyse est dans ce cas de montrer l'effet de substitution (the substitution effect).

— Le troisième est les changements des prix des marchandises, le revenu monétaire restant invariable. Quelle est la signification de ce changement ? dans le cas de pareils changements, on peut avoir deux sortes d'effets :

— d'abord, le changement des prix, le revenu monétaire restant constant, signifie un changement du revenu réel (dans le sens contraire du changement des prix). Alors le changement des prix produira un effet de revenu.

— ensuite, les changements des prix des marchandises dans des sens différents peuvent inciter le consommateur à augmenter la quantité d'une marchandise aux dépens de la quantité demandée d'une autre. Ici, les changements des prix produiront un effect de substitution. C'est dans ce sens qu'on parle d'un effet de prix décomposé en effet de revenu et effet de substitution.

Voyons d'abord *l'effet de revenu* :

Le point de départ est une situation d'équilibre déterminée sur la carte des courbes d'indifférence du consommateur, au niveau du revenu égal à $R1$. Supposons maintenant qu'il ait augmenté $R_2 > R_1$, les prix restant invariables. Pour trouver l'effet de revenu, il faut chercher la nouvelle situation d'équilibre, puis comparer les deux.

considération des préférences du consommateur (indépendante du prix) dans leur relation avec son revenu et le prix des biens.

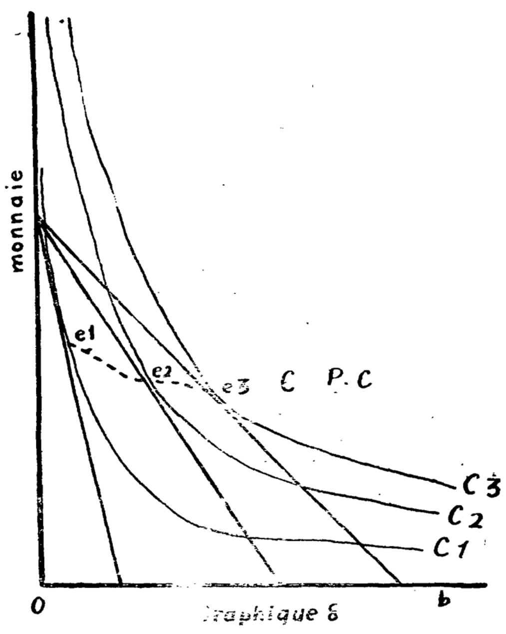
On voit donc que la carte des courbes d'indifférence a été utilisée comme un instrument pour montrer le choix optimal de notre consommateur, dans les conditions données du revenu et des prix du marché. Nous verrons plus tard que cette carte peut être utilisée dans toute situation où nous devons faire le choix des alternatives : *l'effet de revenu, l'effet de substitution, et l'effet de prix* : en utilisant cette méthode, nous n'avons vu que la façon dont la théorie de l'utilité ordinale conçoit la détermination des quantités consommées par le consommateur en supposant que son revenu reste invariable. Nous voulons maintenant :

— voir quel sera l'effet du changement du revenu du consommateur, et

— ensuite, voir, de plus près, l'effet du changement des prix. Plus précisément, la distinction sera faite entre trois. cas :

— Le cas où le revenu du consommateur change et les prix restent constants. Ici, la satisfaction du consommateur sera plus ou moins grande, selon la direction dans laquelle changera le revenu. Le but de l'analyse est dans ce cas, de tracer ce qu'on appelle *l'effet de revenu* (income effect).

— Le cas où les prix relatifs des marchandises, dans leur ensemble, changent dans une direction, combiné avec le changement du revenu monétaire dans la direction inverse, d'une manière telle que l'effet du changement de prix sera annulé par l'effet du changement du revenu.



Graphique 6

— e3 est un 3ième point d'équilibre sur une courbe d'équilibre encore plus loin de l'origine; un point qui se produit avec une nouvelle baisse du prix b devenant *Pb*3.

— la jonction des différents ponts d'équilibre nous donne les informations nécessaires à la construction de la courbe de la demande pusiqu'elle montre la quantité demandée à chaque prix. La courbe e-e3 est appelée la courbe de prix-consommation, C P-C.

— la courbe de la demande dérivée résulte de la

le consommateur veut dépenser une partie de ce revenu dans l'achat d'une quantité de la marchandise b (le reste de son revenu sera gardé sous sa forme monétaire), on aura une carte de courbes d'indifférence qui reflète l'échelle de préférence de notre consommateur en ce qui concerne les différentes combinaisons de la marchandise b et de la monnaie.

Si l'on suppose un certain prix fixé sur le marché pour la marchandise b, soit *Pb*1, on peut arriver à la situation d'équilibre du consommateur qui détermine la combinaison formée d'une certaine marchandise qu'il achètera à ce prix plus une quantité de revenu monétaire qui reste après l'achat de cette marchandise.

Si le prix de la marchandise b change, vers la basisse pour devenir Pb2, par exemple, on aura une nouvelle situation d'équilibre qui indique une nouvelle combinaison : une quantité plus grande de la marchandise b + une quantité moins grande du revenu monétaire.

Avec une deuxième baisse du prix de b, une troisième situation d'équilibre se produira, indiquant une troisième combinaison... et ainsi de suite avec d'autres baisses du prix de b. Ce que nous pouvons illustrer par le graphique 8.

— e, est le point d'équilibre qui représente la combinaison de la marchandise b et de la monnaie (une partie du revenu) quand le prix de b est *Pb*1.

— e2 est le nouveau point d'équilibre sur une courbe plus loin de l'origine, C2, qui représente la nouvelle combinaison (une quantité plus grande de b et une quantité moins grande de monnaie) quand le prix de la baisse devient *Pb*2.

Si l'on suppose, par contre, que le consommateur dépense latotalité de R dans l'achat de la marchandise b, il aura la quantité od — ($od = \frac{R}{Pb}$) — La ligne qui joint les deux points, c & d, est la ligne des possiblités. Elle délimite le champs de manoeuvre du consommateur : il peut acheter n'importe quelle combinaison des deux marchandises représentée par un point qui se trouve ou bien sur la ligne ou bien dans la zone cod.

— c : point d'équilibre : point de rencontre de la ligne des possiblités avec la courbe c3.

— c : point d'équilibre : point de rencontre de ligne des possibilités avec la courbe c3.

— of + og : représente la combinaison des deux marchandises qui donne la satisfaction maximale, étant donné :

— l'échelle de préférence, et

— les conditions économiques

— le revenu du consommateur

— les prix des marchandises

La condition formelle de l'équilibre du consommateur sera la suivante : la pente de la ligne du prix est égale à la pente de la courbe) = TMS entre les deux biens = rapport entre les prix des deux biens. Autrement dit :

$$\text{le pente de la ligne des prix} = \frac{\Delta b}{\Delta a} = \frac{Pa}{Pb}.$$

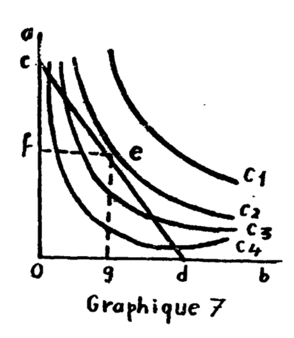
Maintenant, en remplaçant la marchandise a par le revenu (monétaire) du consommateur, supposant que

La deuxième demarche est celle du choix :

— il doit choisir une combinaison qui tombe dans le domaine de ses possibilités;

— étant rationnel, il doit chosir celle qui tombe à la fois dans ce domaine et lui donne le maximum de satisfaction (le niveau de satisfaction le plus élevé);

— cela est représenté forcément par le point qui se trouve à la fois sur la ligne des prix et la courbe d'indifférence qui représente le niveau de satisfaction le plus élevé possible. Voir graphique 7.



Graphique 7

— cd : ligne de prix (droite de budget).

— pour tracer cette ligne, on suppose d'abord que le consommateur dépense la totalité de son revenu R pour l'achat de la marchandise a, dont le prix est Pa. A ce moment-là, il aura la quantité oc de cette marchandise,

$$—(oc= \frac{R}{Pa} ,.)$$

ordinale. Nous verrons maintenant comment ce concept est utilisé avec la carte des courbes d'indifférence dans la recherche de l'équilibre du consommateur.

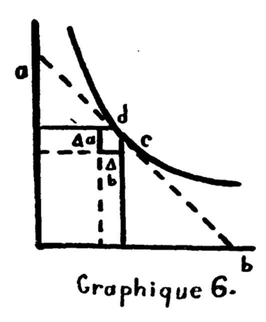
L'équilibre du consommateur : la recherche de l'équilibre du consommateur vise, en fin de compte, à déterminer la quantité qui sera demandée par le consommateur des marchandises consommées par lui. Une telle recherche est faite à partir des hypothèses suivantes :

— que nous disposons d'une carte d'indifférence qui reflète l'échelle de préférence du consommateur (loin des conditions du marché); que notre consommateur dispose d'un certain revenu qu'il dépense intégralement pour la consommation ;

— que nous disposons, enfin, de deux biens qui sont homogènes, substituts (parfaits) et divisibles.

Pour déterminer la quantité des deux marchandises (qui sera demandée par le consommateur) à travers la recherche de l'équibre, deux démarches sont à prendre :

— confronter l'échelle de préférence (représentée par la carte) aux conditions du marché (qui déterminent les prix des marchandises) et au revenu du consommateur (ces deux derniers représentant les conditions économiques) Le résultat sera la détermination du champ des possiblités, délimitée par ce qu'on appelle la ligne ou droite de prix, ou ligne de buget, ou ligne des possibiltés (qui montre les différentes combinaisons entre lesquelles le consommateur *peut* choisir). Voir graphique 7. Mais laquelle choisir ?.



Graphique 6.

additionnelles de b l'autre, soit b, sans changer son niveau de satisfaction (c'est-à-dire, en restant sur la même courbe d'indifférence) est appelé *le taux marginal de substitution* de a par, b, ou TMS ab. Ce taux sera égal à $\frac{\Delta b}{\Delta a}$ (Plus généralement,

$$TMS_{yx} = \frac{\Delta x}{\Delta y}).$$ [1]

Puis, avec l'augmentation, chez le consommateur, de ses stocks de la marchandise b et la diminution de ceux de la marchandise a, le taux marginal de substitution se déplace en faveur de a et contre b, sonnant ainsi à la courbe d'indifférence sa forme convexe par rapport à l'origine.

Le taux marginal de substitution représente le *deuxième instrument conceptuel* utilisé dans l'analyse du comportement du consommateur par les partisans de l'utilité

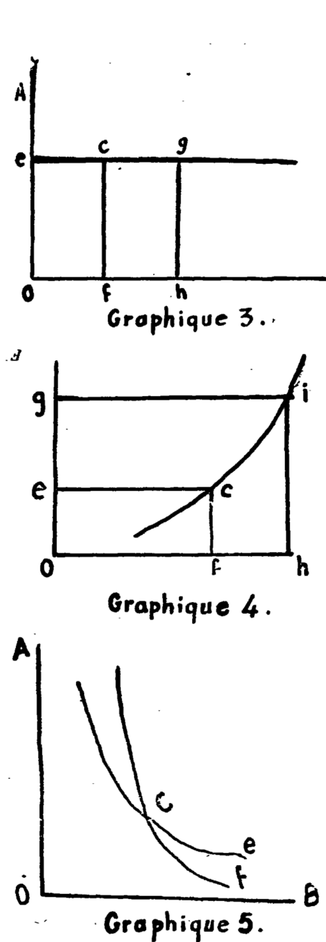
1. TMS est mesuré par la pente de la tangente au point c (la pente de la courbe (dc) étant la pente de la tangente au point c)

b) Les courbes d'indifférence ne s'entrecoupent pas :
— si les courbes se croisent, on aurait un point qui se trouve sur une courbe plus loin de l'origine f, donnant une satisfaction moins grande que celle donnée par l'assortiment représenté par un point qui se trouve sur une courbe plus près de l'origine.
—il résulterait aussi qu'on aurait deux niveaux de satisfaction différents, égaux en un certain point. C. (e = C et f = C, donc e = f)

Comment être différents et égaux à la fois ? voir graphique 5.

c) Les courbes d'indifférence sont convexes par rapport à l'origine. Cette forme implique que la signification marginale d'une marchandise exprimée en termes d'unités d'une autre marchandise diminue graduellement avec l'accroissement du nombre d'unités de la première marchandise : On sait que le consommateur est disposé à céder une quantité d'une certaine marchandise, soit a, pour avoir une autre quantité d'une autre marchandise, soit b, (les deux étant des substituts). On ajoute que plus grande sera la quantité d'une marchandise, moins sera l'évaluation qu'on donne aux unités additionnelles de cette marchandise, et vice-versa. Si le consommateur a une quantité relativement grande de la marchandise a et une quantité relativement petite de la marchandise b, il sera bien disposé à céder une quantité substantielle de la marchandise a pour avoir une quantité additionnelle comparitivement petite de la marchandise b. Voir graphique 6.

Le taux auquel le consommateur cède des unités d'une marchandise, soit a, pour obtenir des unités



Graphique 3.

Graphique 4.

Graphique 5.

— les autres courbes montrent des assortiments qui donnent un niveau plus élevé de satisfaction (à la droite de la curbe C_2, soit C_3), ou bien des assortiments qui donnent un niveau moins élevé de satisfaction (à la gauche de C_2, soit C_1).

Ainsi, on peut avoir un certain nombre de courbes sur lesquelles on peut voir que :

— les différents points se trouvant sur la même courbe (et représentant différents assortiments de marchandises) donnent le même niveau de satisfaction.

— une courbe loin de l'origine "O" reprsente un niveau de satisfaction plus élevé que le niveau de satisfaction représenté par une courbe plus prèse de l'origine.

C'est l'ensemble de ces courbes qui reflètent l'échelle de préférence du consommateur à l'égard de deux marchndises; et c'est cet ensemble qu'on appelle la carte des courbes d'indifférence.

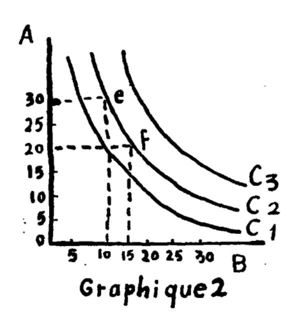
Ces courbes d'indifférence jouissent de *proprietés* données :

a) elles descendent du haut vers le bas, de gauche à droite. Si elles n'étaient pas ainsi, elles seraient :
—ou bien horizontales, ce qui signifie que le consommateur est indifférent à l'égard de l'assortiment eo + of et l'assortiment eo + oh, ce qui n'est pas logique; le consommateur doit préférer le deuxième assortiment. Voir graphique 3.

— ou bien montantes de gauche à droite, ce qui signifie que le consommateur considère que l'assortiment oe + of et go + oh donnent le même niveau de satisfaction. Ce qui n'est pas valable. Voir graphique 4. Les courbes sont toujours décroissantes vers la droite.

l'une est un substitut parfait de l'autre et que les deux marchan dises sont parfaitement divisibles; on peut montrer qu'il existe différents assortiments de ces deux marchandises qui donnent au consommateur la même satisfaction. Ces assortiments lui donnant la même satisfaction, il lui est égal d'avoir n'importe lequel. A leur égard, le consommateur est indifférent. D'où le nom de courbes d'indifférence.

Le graphique 21 représente une carte de courbes d'indifférence composée de trois courbes qui montrent l'échelle de préférence du consommateur par rapport aux marchandises, A et B.

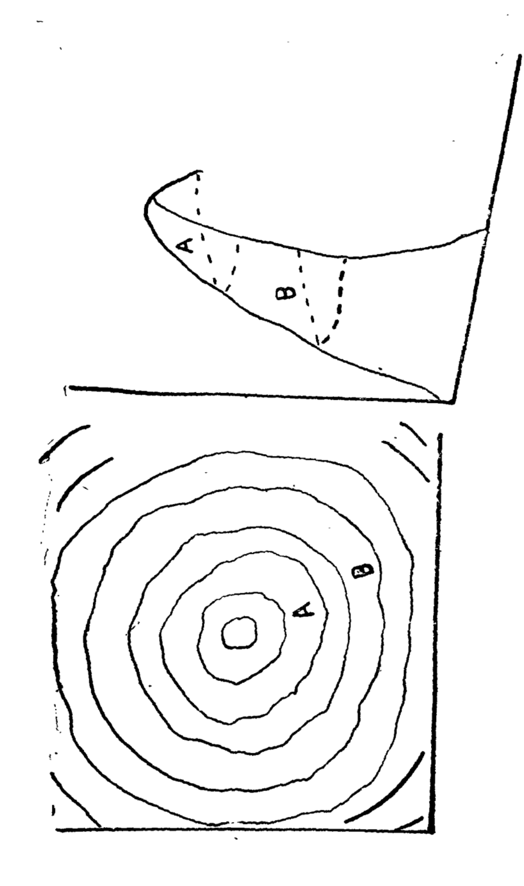


Graphique 2 : la carte de courbe d'indifférence.

— l'assortiment représenté par le point e = 30 unités de la marchandise A + 10 unités de B

— l'assortiment représenté par le point f = 20 unités de la marchandise A + 15 de B

— les deux assortiments donnent la même satisfaction. Il en est de même pour tous les assortiments représentés par les autres points sur la courbe C_2


A
B
A
B

échlle de préférence (issue de ses goûts, ses habitudes, etc.) qui détermine *qualitativement* l'assortiment des biens qu'il consomme. Comment déterminer la *quantité* achetée de chacun de ces biens ?

Pour répondre à cette question, l'analyse de l'utilité ordinale cherche les conditions de l'équilibre du consommateur en utilisant des instruments conceptuels. Voyons, d'abord, ces instruments et ensuite, comment arriver à l'équilibre du consommateur. *Les instrument conceptuels* : sont la carte des courbes d'indifférence et le concept du taux marginal de substitution. Pour la *carte des courbes d'indifférence,* il s'agit d'un instrument qui a été forgé en dehors de la science économique (géologie et géographie): les courbes de niveau, pour mesurer la hauteur par rapport au niveau de la mer, on lie les différents points ayant la même hauteur.

— Tous les points sur la ligne A se trouvent à la même hauteur.
— Les points sur la ligne A sont plus élevés que ceux de la ligne. B.

L'instrument a été emprunté par Edgeworth (en 1881) qui a accepté l'idée de la théorie cardinale, pour qu'il soit utilisé dans un but qui n'a rien à voir avec l'utilité ordinale (dans l'analyse du commerce extérieur). Cet instrument a été ensuite perfectionné par Fisher[1].

Ensuite, il a été utilisé par Pareto pour exprimer l'échelle de préférence du consommateur : les différents niveaux de satisfaction donnés par les différentes combinations de marchandises en prenant deux marchandises substituables.

Supposons qu'il s'agit de deux marchandises dont

1. Cf. Schumpeter, History of Economic Analysis, p. 860.

étant donnés, la quantité de la marchandise, soit la marchandise a, sera déterminée. Si les prix changent, toutes choses égales par ailleurs, on aura une nouvelle situation d'équilibre, une nouvelle répartition des dépenses entre les marchandises, c'est-à- dire, une nouvelle part de chaque marchandise dans ces dépenses, et la nouvelle quantité de la marchandise demandée au prix nouveau sera déterminée. Ainsi, on peut arriver à une série de quantités de la marchandise qui correspond à une série des prix : la relation prix-quantité est tracée.

+
+ +

La théorie de l'utilité cardinale repose donc sur l'idée que l'utilité est mesurable. Mais, les partisans de la thèorie de l'utilité ordinale voient les choses différemment. Comment ?

IV

La théorie de l'utilité ordinale[1]

Selon cette théorie, les biens sont demandés par les consommateurs parce qu'ils sont utiles. L'utilité pousse la demande. Mais, l'utilité, étant un phénomène interne, n'est pas mesurable. Elle est ordinale; le consommateur est capable de décider s'il préfère la combinaison A (de marchandises) plutôt que la combinaison B, sans assigner une valeur numérique à l'utilité obtenue de ces deux combinaisons. Pour chaque consommateur, il existe une

1. Pour la théorie de l'utilité ordinale, nous avons consulté les références suivantes : J. Hicks, Value & Capital, Oxford University Press, London, 1939, ch 1 — 3. — Levenson & Solon, op. cit., p. 78 — 707 — M. H. Spencer, Demand Analysis : Indifference Curves, in , D.R. Kamerschen (ed.), op. cit., p. 59 — 72. H. Grayson, Price Theory in a Changing Economy, The MacMillan, New-York, 1965, p. 17 - 33.

minuerait ses achats de cette marchandise jusqu'au point où l'unité marginale du dernier franc dépensé dans l'achat de cette marchandise sera égale au niveau d'utilité marginale par franc commun à toutes les marchandises.

Si le consommateur arrive à une telle situation, il sera en équilibre : aucun changement dans la modalité de la répartition de ses dépenses entre les différentes marchandises n'ajoute à l'utilité total obtenue. La condition formelle de cette situation est l'égalisation des utilités marginales par unité monétaire, pour toutes les marchandises; ce qui revient à dire l'égalisation des rapports : utilité marginale-prix, pour toutes les marchandises. Une telle condition peut s'exprimer de la manière suivante :

$$\frac{UMa}{Pa} = \frac{UMb}{Pb} = \ldots\ldots \frac{UMn}{Pn} = \frac{UMm}{Pm} = \frac{UMm}{}$$

où UMa, UMb, ... UMn et UMm sont successivement les utilités marginales des marchandies a, b,..n et de la monnaie; Pa, Pb, ... Pn et Pm sont successivement les prix des marchandises a, b .... n et de la monnaie. (UMm est l'utilité marginale de la monnaie, le prix de la monnaie étant l'unité monétaire ... $\frac{UMm}{Pm} = \frac{UMm}{1} = UMm$

Ainsi, le consommateur ayant à sa disposition un certain revenu à dépenser à l'achat d'un certain assortiment de marchandises, sous des conditions données du marché (qui déterminent surtout les prix de ces marchandises), la situation de son équilibre montre la répartition optimale de ses dépenses entre ces marchandises. La part de chaque marchandise dans ses dépenses et son prix

le sixième donnera quatre unités d'utilité. Dans tous les cas, la condition requise par le consommateur est que l'utilité marginale de la marchandise soit proportionnelle à son prix; le rapport de proportion étant donné grâce à l'utilité de la monnaie.

Ainsi, la hausse du prix amène la diminution de la quantité achetée par le consommateur. On aura le résultat contraire dans le cas d'une baisse de prix. Cette relation entre prix et quantités demandées peut être représentée sous une forme tabulaire et graphiquement. On obtiendra le tableau et la courbe de la demande individuelle.

Maintenant, supposons que le consommateur qui cherche à maximiser l'utilité totale venant des biens de consommation, achète non seulement une seule marchandise, mais un assortiment de marchandises. Il tâchera de répartir ses dépenses entre les marchandises de manière telle que le rapport utilité marginale-prix soit le même pour toutes les marchandises. Il répartirait ses dépenses de façon à ce que l'utilité marginale par unité monétaire (par franc, par exemple) soit la même pour toutes les marchandises achetées. Si une de ces marchandises donnait une plus grande utilité marginale par franc, le consommateur gagnerait en déplacant une partie de ses dépenses consacrées à l'achat des autres marchandises vers l'achat des unités additionnelles de la marchandise en question, jusqu'au point où l'utilité marginale par franc (de cette marchandise) devient égale aux utilités marginales par franc des autres marchandises. Un point qui se réalise grâce à l'action de la "loi" de l'utilité marginale décroissante. Si, par contre, une de ces marchandises donnait une utilité marginale par franc inférieure au niveau commun à toutes les marchandises, le consommateur di-

rationnel, le consommateur continuera à acheter des unités additionnelles de la marchandise tant que les unites d'utilité obtenues par la dernière unité de marchandise sont plus grandes que celles qu'il sacrifie sous la forme des unités monétaires. Il cesse d'acheter des unités additionnelles quand l'utilité marginale sera égale à son sacrifice aux termes d'unités d'utilité en monnaie. Dans notre exemple, le consommateur continue d'acheter des unités jusqu'à la cinquième unité qui lui donne une utilité égale à son sacrifice en termes d'utilité-monnaie. Il achète cinq unités de la marchandise à un prix égal à 3 francs l'unité. L'utilité totale réalisée par lui est 51 unités et, le sacrifice total est 30 unités[1].

Maintenant, supposons que le prix de la marchandise hausse à 4 francs, toutes choses égales par ailleurs; combien d'unités achète-t-il ?

Unités des marchandises	Utilité marginale	Utilité-monnaie cédée par unite marchandise
1ère unité	15	8
2ème unité	12	8
3ème unité	10	8
4ème unté	8	8
Total 4	45, UT	32

Le consommateur achète quatre unités de la marchadise.

Si, par contre, le prix baisse à 2 francs (cédant ainsi quatre unités d'utilité-monnaie pour chaque unité de la marchandise, le consommateur achètera six unités, dont

1. La différence entre les deux est appelée le "surplus du consommateur" qui est défini, d'après A. Marshall comme "the excess of the total utility to him of the commodity over the real value to him of what he paid for it", Principles, p. 683.

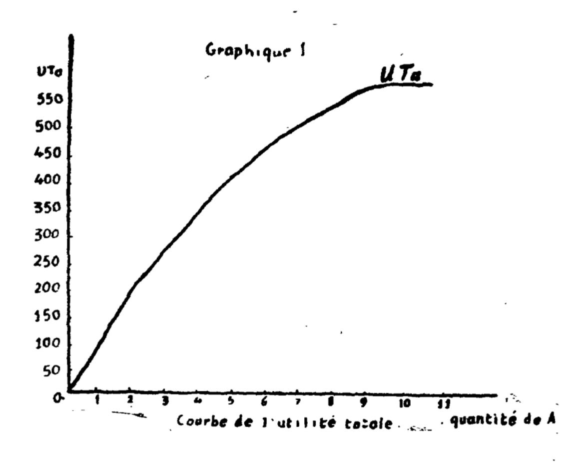
A partir de ces deux instruments conceptuels—le concept de l'utilité marginale et l'hypothèse de l'utilité-marginale décroissante—on peut prépaper la démonstration de la courbe de la demande décroissante vers la droite (la relation : quantité-prix, ceteris paribus).

On suppose, dans un premier cas, que le consommateur n'achète qu'une seule marchandise. On suppose aussi que les facteurs — autres que le prix de la marchandise — qui affectent la demande (revenu, prix des autres marchandises, goût) restent constants.

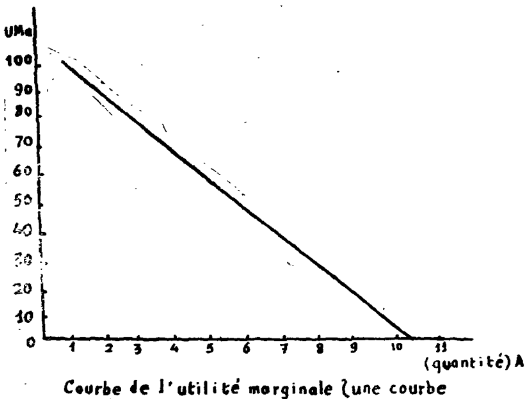
Supposons que le prix d'une unité de marchandise est 3 francs. Supposons, de plus, qu'une de monnaie signifie, pour notre consommateur, 2 unités d'utilité, et que l'utilité des unités monétaires reste constante. Pour chaque unité de la marchandise, le consommateur doit céder 6 unités de l'utilité de la monnaie. Combien d'unités de marchandise le consommateur achètera-t-il ? La réponse est donnée dans le tableau hypothétique suivant :

Unités des marchandises	Utilité marginale.	Utilité-monnaie cédée par unité/marchandise
lère unité	12	6
2ème unité	12	6
3ième unité	10	6
4ème unité	8	6
5ème unité	6	6
Total : 5	51, UT	30, totalité des sacrifices .

Selon l'hypothèse de l'utilité marginale décroissante, l'utilité marginale diminue au cours du passage de la première à la cinquième unité de la marchandise. Etant



Courbe de l'utilité totale



Courbe de l'utilité marginale (une courbe décroissante vers la droite)

sera beaucoup plus faible, soit deux unités d'utilité.Sa faim étant maintenant tout à fait rassasiée, manger un quatrième pain n'aura, donc, aucune jouissance, mais lui causera peut-être de la douleur. Ce quatrième pain pain n'aura, donc, aucune utilité pour lui. On voit, selon cet exemple, que l'utilité de l'unité additionnelle, marginale, diminue avec l'accroissement de la quantité consommée la marchandise.

On remarque ici que l'analyse fait abstraction de l'élément de temps. C'est une analyse statique[1]. La validité de cette hypothèse est donc limitée par une autre hypothèse sous-entendue. Si l'on perment à l'élémént de s'introduire, le quatrième pain qui n'avait aucune utilité pour notre homme, aura pour lui, quatre ou cinq heures plus tard, une grande utilité.

Les relations entre la quantité consommée, l'utilité totale et l'utilité marginale peuvent être représentées sous une forme tabulaire qui donne les tableaux de l'utilité totale et de l'utilité marginale (Total utility and marginal utility schedules). Voir Tableau 1. De ces tableaux, on passe à la représentation graphique de ces relations. Voir graphique 1.

A quantity	UTa	UMa
0	0	100
1	100	100
2	190	90
3	270	70
4	340	60
5	400	50
6	450	40
7	490	50
8	520	20
9	540	10
10	550	10
11	550	0

On remarque :
— que l'utilité totale augmente savec l'augmentation de la quantité.
— que l'utilité marginale diminue avec cette augmentation.

Tableau 1 de l'utilité totale et de l'utilité marginale.

1. Voir annexe.

général, c'est l'addition à l'utilité totale dûe à l'ccroissement de la quantité cosommée par une seule unité. L'utilité marginale est l'utilité de la dernière unité de la marchandise, de l'unité qui se trouve à la marge d'addition ou d'omission.

Le deuxième instrument conceptuel est *l'hypothèse de l'utilité marginale décroissante.* En consommant une première unité de la marchandise, on obtient une certaine quantité d'utilité. En consommant une deuxième unité, l'utilité totale augmentera, étant donné que la deuxième unité donne une utilité additionnelle. Que se passe-t-il quand on ajoute une troisième et une quatrième unités de la même marchandise ? Pour répondre à cette question, les partisans de la théorie de l'utilité cardinale avance l'hypothèse, dite "loi", suivante : pour l'individu consommateur, l'utilité obtenue de chaque unité successive d'une marchandise donnée, diminuera avec l'augmentation de la quantité consommée de cette marchandise, la consommation de toutes les autres marchandises restant constante. C'est l'hypothèse de l'utilité marginale décroissante. On peut l'exprimer différemment en disant que l'utilité totale dérivée de la consommation de la marchandise s'ccroit avec l'augmentation de la quantité, mais à un taux décroissant. L'utilité totale augmente mais l'utilité marginale diminue. Cette dernière UMa, étant $\frac{\Delta \text{ UTa}}{\Delta \text{ Qa}}$, où Qa est la quantité consommée de la marchandise a. Prenons l'exemple traditionnel : pour un homme affamé, l'utilité du premier pain sera très grande, soit dix unités d'utilité. Notre homme, ayant encore faim, l'utilité du deuxième pain sera presque aussi grande que celle du premier, ou peut-être un peu moins; disons neuf unités d'utilité. Aprés la consommation du deuxième pain, il aura encore moins faim, et l'utilité du troisième pain

à la détermination de la demande. On suppose un consommateur ayant un certain revenu monétaire, soit *R*, qu'il dépense dans la consommation. Ce consommateur est confronté aux conditions de marché qui donnent les prix de l'assortiment des marchandises, *a*, *b*, ... *n* qu'il achète aux prix *Pa*, *Pb* .... *Pn*. Etant rationnel, on suppose qu'il veut dépenser la totalité de son revenu d'une manière telle quil puisse maximiser la satisfaction. On donne le terme "utilité" à la quantité subjective que l'individu va maximiser. Cette utilité est mesurable (cardinale).

Pour arriver à la détermination de la demande du consommateur, on utilise des concepts comme instruments d'analyse. Ce sont le concept de l'utilité marginale et l'hypothèse, dite "loi", de l'utilité marginale décroissante. Voyons de plus prés ces instruments conceptuels.

Les instruments conceptuels : Il s'agit d'abord des concepts de *l'utilité totale et de l'utilité marginale.* Supposons que l'individu consomme la quantité A de la marchandise a, par période de temps. Il recevra une certaine quantité d'utilité qui représente la satisfaction totale qu'il obtient de la consommation de cette quantité de marchandise. Cette quantité d'utilité est appelée :

l'Utilité totale, soit UTa.

Si le consommateur qui a acheté la quantité A, une quantité qui ne satisfait pas ses besoins, achète une unité additionnelle de la marchandise a la quantité totale achetée par lui sera maintenant égale à $A + 1$, et l'utilité totale qu'il obtient sera plus grande que UT a. L'addittion à l'unité totale causée par l'addition d'un unité additionnelle de la marchandise est appelée *l'utilité marginale.* En

+

\+ +

A partir d'ici, les deux théories divergent :

Par rapport à la nature de l'utilité :

— l'une parle d'une utilité cardinale, ×

— et l'autre d'une utilité ordinale.

Au point de vue des instruments conceptuels :

— l'une (la théorie de l'utilité cardinale) utilise :

. le concept de l'utilité marginale, et

. l'hypothèse de l'utilité marginale décroissante;

— et l'autre (la théorie de l'utilité ordinale) utilise :

. la carte qui montre l'échelle des préférences du consommateur : la carte des courbes d'indifférence, et

. le concept du taux marginal de substitution.

Voyons maintenant comment ces deux sortes d'analyse arrivent à réaliser leur but.

— 3 —

La théorie de l'utilité cardinale1.

Comme nous l'avons déja dit, il s'agit de lanalyse du comportement del'unité consommatrice afin d'arriver

1. Pour la théorie de l'utilité cardinale, nous nous sommes référés à A. Marshall, Principles of Economics, Macmillan, London, 1956, 0p. 73—102. — R.H. Strotz, Cardinal Utility, in, D.R. Kamerscha (ed.), Readings in Microeconomics. John Wiley and Sons, N. York, 1969, p. 180—194 — A.M. Levenson & B.S. Solongb, Outline of Price Theory, Holt, Rinchart and Winston, N. York, 1964, p. 63—77. — A. J. Braff, A.J. Braff, Microeconomic Analysis. John Wiley and Sons, N. York, 1969, p. 19 et sqq.

• Pour les deux, on réalise le but de l'analyse par *la recherche des conditions d'équilibre du consommateur.* En supposant :

— un certain revenu a la disposition du consommateur;

— que le consommateur dépense la totalité de son revenu sur l'achat d'un certain nombre de biens de consommation, et

— que les conditions du marché (et surtout celles relatives aux prix) sont données par lui.

Le consommateur répartit son revenu (ses dépenses) entre les différentes marchandises. Etant *rationnel*, il cherche la répartition *optimale* : il cherche la répartition qui lui donne le maximum de satisfaction. Autrement dit, le consommateur doit répartir ses dépenses entre les différentes marchandises d'une manière telle que la satisfaction réalisée d'une telle répartition soit maximale *Il en sera ainsi quand aucun changement dans le pattern de cette repartition n'ajoutera à la satisfaction totale.* Quand le consommateur arrive à ce pattern de répartition, on dit qu'il est *en équilibre*.

Il importe d'ajouter que cette répartiotion des dépenses—associée aux prix des différentes marchandises—montre la quantité demandée par le consommateur de chacune des marchandises qui forment l'assortiment acheté par lui, au niveau de leurs prix. C'est pour cela qu'on recherche l'équilibre, car, arriver à cette répartition optimale, à l'équilibre du consommateur, représente le moyen de la réalisation du but de l'analyse : la détermination de la demande individuelle.

1. Sur le concept d'équilibre, voir l'annexe de cet article.

plicitons *l'approche generale* adoptée par les deux groupes d'analystes.

— 2 —

L'approche générale commune aux deux théories

• Pour ces deux sortes d'analyses, le *but* est d'expliquer le comportement du consommateur sur le marché, comportement qui détermine la forme de la courbe de la demande, ou si l'on préfère, les propriétés de cette courbe. Autrement dit, les deux analyses veulent mettre à jour ce qui se passe derrière la demande pour trouver ce qui détermine la quantité demandée de chacune des marchandises qui font l'assortiment acheté par le consommateur.

• Pour les deux, le *sujet économique*, le consommateur dont le comportemnt est l'objet de l'investigation, est un sujet de type "homo-oeconomicus", qui vise à maximiser sa satisfaction. Il jouit d'une connaissance parfaite des conditions du marché.

• Pour les deux, *l'idée de base* est que l'utilité se trouve derrière la demande. Les individus demandent les marchandises parce qu'elles leur sont utiles : elles sont capables de satisfaire leurs besoins.

• Pour les deux, *les facteurs qui determinent la quantité demandée* sont: le prix de la marchandise, les prix des autres biens, le revenu du consommateur et son goût qui résume ses habitudes et ses préférences.

• Pour les deux, il *y* a utilisation de la méthode de "ceteris paribus", c'est -à-dire que l'analyse est partielle. Elle ne prend en considération à la fois qu'un des facteurs déterminants en supposant, pour le moment que les autres restent inchangeables.

On peut la mesurer indirectement par ses effets observables; (Un plaisir, per exemple, peut être mesuré par la somme d'argent que l'individu est disposé à céder pour l'obtenir).

2. Le deuxième courant est celui de l'utilité ordinale. Il trouve ses sources chez Edgeworth[1] et Pareto. Ce dernier, après avoir accepté au début, la théorie de l'utilité cardinale, s'est retourné contre elle vers 1900 environ. Pour lui, l'utilité n'est pas mesurable, mais les les individus sont capables de mettre en ordre les satisfactions attendues de la possession de différents assortissements de biens, selon *une échelle unique de préférence*. C'est ce que veut signifier l'utilité ordinale. Et Pareto s'emploie à développer l'idée de l'utilité ordinale en utilisant un nouvel instrument d'analyse qu'Edgeworth avait déja utilisé dans un autre contexte; il s'agit de la carte des courbes d'indifférence. D'autres développements ont été faits par W.E. Johnson et E. Slutsky.[2] Mais, la théorie de l'utilité ordinale n'a été pleinement développée qu'avec l'analyse de R.G. D. Allen et J.R. Hicks[3].

Nous allons voir comment ces deux courants (de l'utilité cardinale et de l'utilité ordinale) expliquent le comportement du consommateur et la détermination de la courbe de la demande. Avant de le faire, nous ex-

---

1. Edgeworth (1845 — 1926) : économiste anglais, considéré comme un des principaux économistes qui ont contribué à la formation de la theorie marginaliste. Il est un des fondateurs de l'économétrie. Son apport principal est celui de l'utilisation des courbes d'indifférences dans l'analyse du commerce extérieur; ainsi que son analyse concernant l'équilibre de l'entreprise dans un marché duopole (deux producteurs). R. Lekachman, A History of Economic Ideas. Harper & Brothers, New-York, 1959, p. 292 — 93.

2. Voir sur l'apport de chacun, Schumpeter, History, p. 1063.

3. A Reconsideration of the Theory of Value. Economica, Fév. 1934.

Pourquoi la courbe de la demande est-elle décroissante vers la droite ? En un mot, ils s'efforcent de pénétrer dans l'arrière-plan de la demande. Et ils le font en envisageant la structure du désir du consommateur. Ils le cherchent donc dans le comportement des sujets économiques qui visent à maximiser leur satisfaction. Il semble immédiatement apparent qu'il existe quelque relation entre la demande et *l'UTILITE* del la marchandise, c'est-àdire le bénéfice que le consommateur obtient en possédant la marchandise. Pour eux, *derrière la demande se trouve l'utilité.*

Au sein de ce groupe, on distingue deux courants:

1.—Le premier, c'est le courant de l'utilité cardinale, de l'utilité comme phénomène qui se prête à la mesure. Le consommateur peut mesurer la quantité d'utilité qu'il obtient à la consommation de tel ou tel nombre d'unités de telle ou telle marchandise.

Au sein de ce courant, on remarque deux tendances :

a) La tendance de C.Menger[1] et de Bohm-Bawerk[2], qui considèrent l'utilité comme une réalité psychique indépendante de toute observation extérieure, et comme une quantité *directement* mesurable, et

b) la tendance d'Alfred Marshall qui parle de l'utilité comme quantité mesurable, mais *indirectement*[3].

---

1. Bien avant C Menger, Dupuit (1844) qui semble déjà sous-entendre l'existence de l'utulité marginale, et Gossen (1855), ont parl de l'utilité mesurable. Ce dernier a avancé l'idée de l'utilité marginale décroissante ainsi que celle de la recherche de l'optimum de satisfaction par l'égalisation des utilités des dernières doses consommées

2. Bohm-Bawerk (1851 — 1914) est un disciple de Menger. Il fit une carrière de fonctionnaire, puis une carrière politique, pour devenir professeur à l'Université de Vienne à partir de 1905. Il est bien connu pour sa critique de la théorie économique de K. Marx. Voir P. Sweezy (ed.), Bohm-Bawerk & Hilferding, Critique of Marx's Economic Theory, 1949.

3. Voir sur la mesure de l'utilité T. Majundar, The Measurement ol Utility, MacMillan & C°., London, 1958, p. 45 & sqq.

développement de la pensée qui le concerne. C'est donc en connaissant bien son historique qu'on arrive à bien poser le problème. Ce que nous exposerons brièvement en une première étape.

— 1 —

L'HISTORIQUE DU PROBLEME

Bien que la demande ait reçu, dans l'analyse des classiques, une attention soignée, leur tendance générale était, en ce qui concerne les fondements de la demande, de prendre celle-ci comme donnée.

Cournot[1], qui pose, avec précision et sous une forme mathématique, la question des rapports fonctionnels entre la demande et le prix (et qui dévelope aussi la théorie du prix du monopole), suit les classiques en prenant la demande comme donnée. Des auteurs modernes comme Gustave Cassel[2] et H.L. Moore[3] — font de même.

D'autres cherchent une explication à la demande. Il essayent d'aller au delà de son phénomène évident et observable, qui se résume dans la fonction de la demande. Ils se posent des questions qui touchent aux fondements de la demande : comment tracer la courbe de la demande?

---

1. Antoine Augustin Counot (1801 — 1877) penseur et mathématicien français qui s'intéressait aux problèmes économiques. Un des premiers qui firent recours à l'usage des mathématiques dans l'analyse économique (Recherches sur les principes mathématiques de la théorie de la richesse, publié en 1838).

2. Gustav Cassel (1866—1945). Professeur à Stockholm. Il appartient à une génération qui se tourne vers les idées des fondateurs de l'école marginaliste et surtout Walras, tout en demeurant très liée à la pensée classique. Schumpeter, History of Economic Analysis, Allen & Unwin, London, 1961, p. 862.

3. M.L. Moore(né en 1869). Américain, il est surtout connu pour ses travaux sur les cycles économiques (Economic Cycles : Their Law and Causes, 1914 ; Generating Economic Cycles, 1923). Schumpeter, ibid., p. 876 — 7.

LA THEORIE MARGINALISTE DU COMPORTEMENT DU CONSOMMATURE ETUDE CRITIQUE

Dr. MOHAMED DOWIDAR*

Le but de cet article est triple :

— montrer d'abord que la théorie de l'utilité ordinale aboutit aux mêmes conclusions que celles de la théorie cardinale.

— voir, ensuite, les critiques théoriques que l'on peut adresser à la théorie marginaliste du comportement du consommateur.

— et confronter, finalement, les conclusions de cette théorie à la réalité de l'économie capitaliste, pour voir dans quelle mesure elles guident la compréhension du comportement réel des consommateurs, et pour dégager, dans le cas où leur utilité est limitée, les facteurs qui déterminent ce comportement.

Nous réaliserons ce but en trois étapes et cet article couvrira la première.

Le problème que l'école se pose est d'analyser le comportement du consommateur afin de connaître les facteurs déterminant, en fin de compte, sa demande pour les biens de consommatilon.

Ce problème n'a été ainsi posé qu'à travers un certain

---

* Professeur-adjoint d'économie politique à la Faculté de Droit d'Alexandrie.

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD EL-MOUTAAL*
Directeur de la Rédaction : *Dr. MOSTAFA K. TAHA*

16ème ANNÉE, 1974
No. 2

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE
1974

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE



Vol. XVI

1974 - No. 2